

LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS

LES BASES D'UNE RESPONSABILITÉ
SPÉCIALE EN DROIT SUISSE,
A LA LUMIÈRE DE L'EXPÉRIENCE
DES ÉTATS-UNIS

THÈSE

PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

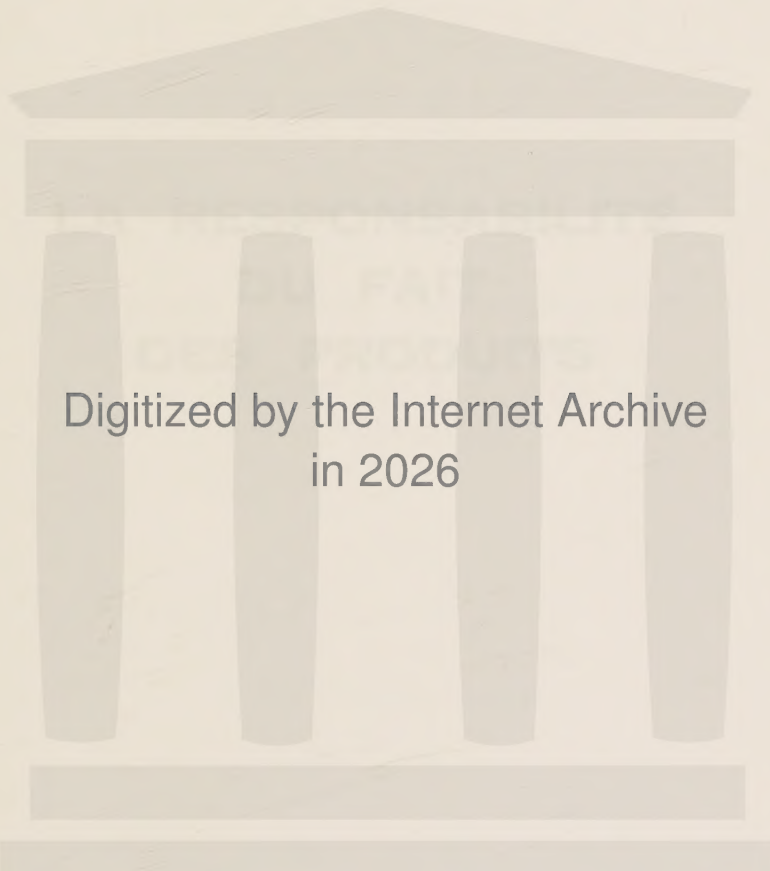
PAR

GILLES PETITPIERRE
DE
NEUCHÂTEL

THÈSE N° 611

GENÈVE
LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ
GEORG & C^{ie} S.A.

1974



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545929_0018

**LA RESPONSABILITÉ
DU FAIT
DES PRODUITS**

LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS

**LES BASES D'UNE RESPONSABILITÉ
SPÉCIALE EN DROIT SUISSE,
A LA LUMIÈRE DE L'EXPÉRIENCE
DES ÉTATS-UNIS**

THÈSE

PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

GILLES PETITPIERRE

DE
NEUCHÂTEL

THÈSE N° 611

GENÈVE
LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ
GEORG & C^{ie} S.A.

La faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là aucune opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Genève, le 31 janvier 1972.

Le Doyen :

Christian DOMINICÉ.

Thèse n° 611.



REMERCIEMENTS

Il n'est jamais possible de remercier assez tous ceux grâce à qui une thèse voit le jour. Aussi me contenterais-je de faire part ici de remerciements qui n'ont rien d'exclusif :

A la Compagnie suisse de réassurances à Zürich et tout particulièrement à Mlle Zollikofer pour les informations de premier plan qui m'ont été données et l'accueil toujours si aimable qui m'a été réservé. A la Bibliothèque de la Faculté de droit de Genève et à celle de l'Institute for Advanced Legal Studies à Londres qui ont considérablement facilité mes recherches.

Je dois dire ma grande reconnaissance au professeur Robert Patry qui a accepté de reprendre la direction de mon travail et de le préfacer malgré les lourdes charges du rectorat ; aux professeurs Herbert Schönle et Edmond Martin-Achard qui ont bien voulu faire partie du jury et m'ont si amicalement dispensé des conseils et des informations précieux ; à M. Pierre Cavin, juge au Tribunal Fédéral, juré attentif et critique bienveillant dont toutes les observations m'ont amené à approfondir ma réflexion.

Je veux exprimer au professeur Walter Yung ma respectueuse et profonde gratitude pour tout ce qu'il m'a apporté comme professeur et comme inspirateur de cette thèse. Qu'il veuille accepter que malgré toutes ses imperfections, ce travail lui soit dédié.

ABRÉVIATIONS

A	Atlantic Reporter.
— 2d	Second Serie.
AC	Appeal Cases in Law Reports, Third Serie.
AcP	Archiv für die Civilrechtliche Praxis.
ATF	Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse (Recueil Officiel).
BB	Betriebsberater.
BGH	Bundesgerichtshof.
Cal.	California Reporter.
— 2d	Second Serie.
DJT	Deutscher Juristentag.
F	Federal Reporter.
— 2d	Second Serie.
— Suppl.	Supplement.
FR-FR	Frumer-Friedmann (voir Bibliographie).
H/J	Harper and James (voir Bibliographie).
JR	Juristische Rundschau.
JuS	Juristische Schulung.
JT	Journal des Tribunaux.
JZ	Juristenzeitung.
LJ	Law Journal.
NE	Northeastern Reporter.
— 2d	Second Serie.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
No	Northern Reporter.
— 2d	Second Serie.

NW	Northwestern Reporter.
— 2d	Second Serie.
NYS	New York Supplement.
— 2d	Second Serie.
P	Pacific Reporter
— 2d	Second Serie.
RDS = ZSR	Revue de Droit Suisse = Zeitschrift für Schweizerisches Recht.
Rest.	Restatement of the Law (voir Bibliographie).
— Torts	— of Torts.
RSJB = ZBJV	Revue de la Société des Juristes Bernois = Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins.
SE	Southeastern Reporter.
— 2d	Second Serie.
So	Southern Reporter.
— 2d	Second Serie.
SSJ = SJV	Société Suisse des Juristes = Schweizerischer Juristenverein.
SW	Southwestern Reporter.
— 2d	Second Serie.
USA	Uniform Sales Act (voir Bibliographie).
UCC	Uniform Commercial Code (voir Bibliographie).
ZBJV = RSJB	
ZSR = RDS	

INTRODUCTION GÉNÉRALE

C'est après une conversation avec le professeur Walter Yung à propos de l'Arrêt du Tribunal fédéral Breu contre les hoirs Oberländer¹ qu'avec son approbation, j'ai décidé d'aborder dans une thèse de doctorat l'étude de la responsabilité du fait des produits. La solution donnée à l'espèce par le Tribunal fédéral était parfaitement fondée dans le droit en vigueur, mais elle faisait apparaître un problème au niveau de la pertinence des règles appliquées à la responsabilité de qui produit des biens défectueux menaçant la vie, la santé ou les biens corporels d'autrui.

Le professeur Yung a vu dans l'étude de cette question l'occasion d'une réflexion sur les principes de la responsabilité civile et sur les moyens techniques de sa mise en œuvre. C'est à lui que je dois non seulement le choix d'un sujet dont l'étude ne m'a pas lassé un instant, mais aussi des encouragements dont je ne puis dire assez combien ils m'ont été précieux.

*
**

J'ai limité ma réflexion aux *questions de responsabilité civile* qui ne sont qu'un aspect particulier d'un domaine beaucoup plus vaste, celui de la protection des consommateurs (consumer protection) comme on dit de plus en plus fréquemment. En termes de droit, il recouvre aussi bien la réglementation des relations commerciales (vente par acomptes, réglementation du crédit de consommation), celle de la concurrence, de la publicité, les mesures pénales ou administratives destinées à assurer l'observation des procédures de contrôles préalables des produits, etc. L'importance de ce qui n'est pas abordé dans le présent travail est considérable comme en témoigne l'exemple des Etats-Unis où le développement de la réglementation administrative de la production et du contrôle des produits par des organismes dont la « Food and Drug administration » (FDA) est la plus connue, se poursuit à un rythme très rapide.

¹ RO 90 (1964) II, 86 = JT 1964 I, 560.

Malgré l'intérêt indiscutable de ces questions, j'ai préféré ne pas les incorporer dans ce travail de doctorat qui ne devait pas prendre des dimensions excessives. L'actualité imposera sans doute l'étude de l'une ou l'autre, par des tiers ou par l'auteur de ces lignes, avant longtemps.



L'idée d'aggraver la responsabilité directe des fabricants (au sens le plus général) en faveur de ceux que leurs produits ont lésés est de plus en plus répandue et discutée dans les publications et les réunions de juristes en Allemagne et aux Etats-Unis. C'est dans ce dernier pays que la responsabilité du fait des produits est le plus complètement et le plus systématiquement réglée par le droit positif : les fabricants, les vendeurs et les revendeurs sont les sujets de la maintenant fameuse « products liability ». Le développement du « case law », très souple dans ce domaine, tend vers une protection accrue du public. Le but du présent travail est d'examiner la question dans une perspective intéressante plus spécialement la Suisse à la lumière de ce qui a été dit, écrit et jugé dans un pays, les Etats-Unis, dont le développement technique et économique est assez semblable à celui que nous connaissons. L'ambition de l'auteur n'est pas tant de faire de la comparaison statique que de poser et de tenter de résoudre certains aspects du problème dans l'ordre juridique suisse, en s'appuyant sur l'exemple des Etats-Unis.

Nous avons renoncé à décrire ce que le droit allemand, le droit français ou d'autres systèmes de droit civil avaient donné comme solution au problème de la responsabilité civile du fabricant. Il nous est apparu au cours de nos recherches que la parenté avec le droit suisse était si grande et les solutions offertes par la jurisprudence si peu spécifiques *en termes de droit souhaitable* que nous avons préféré renvoyer le lecteur aux ouvrages publiés plutôt que de résumer ce que d'autres avaient décrit excellemment. Nous avons voulu nous livrer à un examen aussi indépendant que possible de ce que l'art des juges a pu et pourrait encore faire sortir des textes en vigueur au risque de parfois les torturer un peu. Notre but n'est pas de rechercher dans le droit tel qu'il est appliqué tous les moyens susceptibles de fournir une réparation aux victimes de produits défectueux, mais bien de voir s'il ne faut pas élaborer des règles nouvelles pour que cette réparation soit assurée de façon adéquate et prévisible. Pour ce faire, nous avons engagé notre réflexion sur le plan des principes et des schémas fondamentaux de la responsabilité. Le droit des Etats-Unis s'est révélé d'une importance essentielle parce qu'il repose sur des concepts suffisamment proches des nôtres

pour que nous puissions nous y référer sans difficulté majeure et qu'il est le premier à avoir traité la responsabilité du fait des produits comme un problème en soi et à lui avoir apporté une solution spécifique relativement bien établie aujourd'hui. Son étude sert aussi bien au niveau de l'analyse du problème en fait qu'à celui de l'élaboration d'une réglementation. C'est pourquoi nous avons cru utile de consacrer de nombreuses pages à en décrire les traits essentiels.

Les lignes qui précèdent sont un avertissement au lecteur que notre travail ne vise pas à rendre service aux praticiens. Nous avons considéré que la rédaction d'une thèse était pour nous l'occasion peut-être unique de réfléchir au niveau des éléments pour les confronter à une situation posant des problèmes nouveaux dans un texte d'où les préoccupations pratiques immédiates sont absentes.

Qu'il y ait très peu de jurisprudence en Suisse sur le sujet que nous abordons pourrait faire croire que le problème est purement théorique. L'exemple des Etats-Unis, de la France, de la Grande-Bretagne et de l'Allemagne est là pour montrer le contraire, et la Suisse peut se considérer comme en sursis. La rareté des espèces connues peut s'expliquer par le fait que les contrôles officiels et privés, notamment interprofessionnels, sont assez stricts, que les fabricants observent des marges de sécurité relativement larges, que les producteurs qui ont la malchance de voir leurs produits causer des dommages acceptent d'assumer leur réparation sans y être contraints judiciairement ni même obligés légalement pour sauvegarder leur réputation. Il est possible aussi que les clauses d'exonération partielle de garantie découragent les victimes et que la couverture des dommages par une assurance détourne les lésés d'une action en justice.

Le fait est que la responsabilité du fait des produits défectueux est en voie d'acquérir une notoriété indiscutable. Les travaux qu'on lui consacre se multiplient, que ce soit en droit de la responsabilité, dans les congrès ou les travaux publiés par les assureurs et les entrepreneurs. La Conférence de La Haye s'en préoccupe également et elle a élaboré un avant-projet de convention sur la loi à lui appliquer quand plusieurs ordres juridiques nationaux sont concernés. Le Conseil de l'Europe étudie une réglementation uniforme. Autant de signes que la responsabilité du fait des produits n'est pas une question suscitée artificiellement !

*
**

Les produits distribués dans le public sont de nature à léser, quand un défaut les affecte, les intérêts de ceux qui ont eu la malchance d'entrer en contact avec eux, soit en les acquérant ou en les utilisant, soit encore

parce qu'ils se sont simplement trouvés dans leur voisinage au moment où le défaut se manifestait. Cette observation vaut pour une multitude de situations très différentes les unes des autres, dans lesquelles la nature du défaut et celle du dommage varieront considérablement.

Il faut dès lors choisir, en fonction des exigences fondamentales de notre ordre juridique, l'aspect que nous retiendrons comme décisif soit la *protection des personnes et de la propriété contre les atteintes injustifiées*. C'est en fonction des dangers qu'ils font courir que nous nous préoccupons des produits défectueux ; c'est comme source de dommages à la santé, à l'intégrité corporelle, à la vie et à la propriété qu'ils nous paraissent mériter une attention particulière de la part des juristes. L'intérêt du public à ne pas faire de mauvaises affaires, si légitime qu'il soit, ne sera pas pris en considération dans le cadre de notre recherche. Il n'est affecté qu'indirectement par les principes que nous développerons au cours de ce travail.

Dans le cadre ainsi tracé, nous discernons une situation de fait posant des problèmes nouveaux et appelant des solutions différentes de celles qu'offre le droit en vigueur. L'évolution de notre civilisation a profondément modifié les conditions de la production, de la diffusion et de la consommation des biens, et partant affecté l'adéquation des règles qu'on leur applique, sur les trois plans des techniques et des moyens mis en œuvre dans l'organisation de la production proprement dite ; de la complication technique toujours plus grande des biens, même de ceux d'un usage courant ; des relations entre ceux qui assument les diverses activités sociales de la production, de la diffusion et de la consommation des biens.

Au niveau du droit, les conséquences sont de deux ordres : le *contenu* des règles peut se trouver dépassé ; indépendamment de leur contenu des obstacles nouveaux peuvent entraver la *mise en œuvre* de ces règles. Le développement des dernières décennies se caractérise par une expansion extrêmement rapide de la production des biens manufacturés de toutes sortes et par leur diffusion dans un public toujours plus nombreux à vouloir et à pouvoir en profiter. A cette « croissance économique » sont liées la multiplication des opérations commerciales et l'amélioration de la rentabilité dans la production. On a vu ainsi le travail se diviser et se spécialiser dans les deux domaines de la production et de la diffusion des biens, tandis qu'apparaissaient deux phénomènes nouveaux, sinon dans leur principe, du moins dans leur ampleur et dans leurs effets : la publicité et les études de marché qui vont de pair.

Sur le plan qui nous intéresse, il en résulte d'abord que le public est toujours moins à même de comprendre et de juger un processus de

production où la technique, la division poussée des opérations et la mécanisation jouent un rôle croissant, et partant de se faire une idée de la valeur et de la qualité de ce qu'on lui offre. Il se trouve devant des biens qui viennent de centres de production éloignés et sont parvenus jusqu'à lui en plusieurs étapes ; il lui est difficile de discerner dans le jeu complexe des intermédiaires (agents de vente, de représentation, de diffusion et sociétés de toutes sortes) qui est véritablement en face de lui et qui est à l'origine de la chaîne. Le fabricant lointain n'est souvent pour lui qu'une entité abstraite.

Si on inverse la perspective, on inverse aussi le tableau. Les études de marché permettent aux entités de production et de distribution de *connaître* toujours mieux un public de consommateurs en puissance et la publicité d'*agir* directement sur son comportement, ses besoins mêmes, et partant ses décisions.

Il est impossible de dissocier la fabrication et les méthodes de diffusion commerciale. Les transformations au niveau de la première appellent l'évolution des secondes comme le démontre notamment J.K. Galbraith².

Dans la perspective qui nous intéresse ici, on se dispensera de reproduire des analyses économiques ; il suffira de retenir les caractéristiques d'une situation considérée comme acquise.

La production des biens a pour fin leur vente ou ce qui y correspond (leasing, etc.), d'une façon globale leur utilisation par autrui. Le fabricant recherche l'écoulement de ses produits et quels que soient le nombre et la complication des opérations intermédiaires, c'est la demande finale du public consommateur pour son produit qui lui importe. On aura l'occasion de voir plus loin combien cette évidence a peu d'écho dans l'organisation juridique de la situation.

Le fabricant doit connaître les vœux et les réactions du public, les modifier ou les créer s'il y a lieu, pour les adapter à ses possibilités de production autant que pour y adapter sa production. La publicité ne cherche pas toujours à faire valoir le produit pour lui-même, mais elle tend au contraire à insister sur quelque chose *d'autre* qui constituera un attrait pour le public : il est frappant que plutôt que d'abaisser le prix d'un produit, une maison préférera en général modifier la couleur de son emballage ou lui adjoindre teile « futilité » qui le fera préférer au produit concurrent, non pour ce qu'il *est*, ou pour ce qu'il est par rapport

² J.K. Galbraith, *Le nouvel Etat industriel*, trad. fr. 1968, chap. XVIII et XIX, p. 205-225.

à son prix, mais pour un élément complètement étranger au raisonnement économique éclairé qu'on prête trop facilement à l'acheteur³.

Si l'on affirme que le public reste libre d'acheter ce qu'il veut et que la concurrence le protège suffisamment, on méconnaît une situation de fait : la liberté de l'acheteur est considérablement affectée par la publicité et pour les achats de produits coûteux et durables, la comparaison est souvent impossible.

À côté de l'influence de la publicité, la liberté est illusoire pour une autre raison : la politique des fabricants et des commerçants est de ne jamais admettre de discussion sur les prix. Il en est en général de même pour les autres conditions de l'acquisition des biens (notamment les garanties). Pour le consommateur individuel, le produit offert est à prendre au prix et aux conditions fixés ou à laisser. La décision est prise définitivement par le fabricant ou, plus rarement, le commerçant s'il est assez fort, dans le cadre de sa politique générale. On peut parler d'une adhésion de l'acheteur, mais pas du résultat de pourparlers entre sujets de même poids. Il en va autrement sur le marché des biens de production ; mais cela ne concerne pas le consommateur individuel ordinaire. C'est une deuxième limite que nous posons à notre étude : c'est en tant qu'ils sont *distribués dans le public* que les produits défectueux nous intéressent ; la condition de l'actualisation des risques qu'ils recèlent n'est pas réalisée auparavant⁴.

Si les fabricants et les sociétés de vente n'ont pas renoncé à la concurrence quant au prix, les conditions de garantie sont de plus en plus uniformes.

Parallèlement, la dissociation entre la vente directe et la production est toujours plus évidente. Le relation du public avec le détaillant perd tout contenu spécifique, en même temps que la fonction commerciale s'appauvrit jusqu'à devenir un simple passage obligé entre fabricant et public.

Les intermédiaires voient leur activité se limiter toujours plus à la diffusion des biens fabriqués par d'autres. Ils sont un maillon indispensable d'une chaîne dans laquelle leur rôle n'affecte pas notablement la qualité des biens et ne crée pas de relations particulières avec le public. Ils sont une nécessité mécanique pour faire passer les biens issus de la production à la disposition de ceux qui les consomment ; c'est l'essentiel de leur fonction. Ils servent parfois de régulateur et d'amortisseur dans les divergences qui peuvent survenir à un moment ou à un autre

³ *Id.*, p. 211-214.

⁴ Spiro, *Zur Haftung*..., p. 273.

entre la production déjà en cours et une consommation qui n'est pas encore amorcée. Plusieurs auteurs, tant en Suisse et en Allemagne qu'aux Etats-Unis, ont insisté sur la disparition de la fonction propre du commerce (*Entfunktionalisierung*), notamment du commerce de détail classique⁵. Cela est particulièrement manifeste pour tous les produits vendus sous emballage d'origine et pour les établissements self-service ; dans les deux cas l'activité du vendeur se limite exclusivement à *mettre les produits à disposition*. Les conseils se font toujours plus rares parce que le vendeur ne connaît pas le produit beaucoup mieux que l'acheteur, ou parce qu'il n'y a aucun contact personnel entre eux. Il arrive aussi que le vendeur ne fasse que suivre une demande suscitée par l'activité propre du fabricant à travers la publicité. Il n'est pas placé dans une situation différente de la personne qui tiendrait un kiosque à journaux et dont les ventes varieraient en fonction de l'attrait des manchettes rédigées et posées par les éditeurs.

La situation inverse apparaît aussi : de grosses sociétés de commerce de détail peuvent dominer leurs fournisseurs pour qui elles sont un débouché unique. Cela ne change rien à l'absence de contact personnel entre l'acheteur et le vendeur dans les « grands magasins », mais l'élément dominant du processus de distribution est alors le détaillant. On ne saurait énumérer les situations variées qui peuvent se présenter encore différemment : vente de produits par une société qui est aux mains de celle qui produit ou l'inverse ; groupes de sociétés qui assument chacun une fonction dans un cadre plus large. Et en dehors du petit commerce individuel ou familial, les mêmes tendances se retrouvent quand les produits ne sont pas particulièrement coûteux ou d'un usage très spécialisé.

Les formes juridiques de la diffusion des biens tendent aussi à se modifier et à se diversifier avec l'apparition du leasing de la location-vente et d'autre formules qui ne visent plus tellement au transfert de la propriété qu'à celui, à titre onéreux, de l'usage immédiat des biens durables.

Même s'il n'est pas rare que des fabricants acceptent de réparer tout ou partie des dommages qu'un défaut de leur produit a causés, en dehors de toute relation directe avec le lésé, il s'agit là de prestations « à bien plaisir » qui correspondent le plus souvent au souci de ne pas ternir la réputation de l'entreprise.

⁵ Diederichsen, *Die Haftung...*, p. 285-6, 351 ; Simitis, *Grundfragen...*, p. 15 ss. ; Weimar, *Untersuchungen...*, p. 2 ss., 78 ss. ; cf. p. 60, 104 ci-dessous.

On voit ainsi s'accroître une relation de fait entre deux fonctions sociales⁶, la production et la « consommation », tandis que s'affaiblit encore le rapport juridique des sujets de droit qui les assument. En même temps le fabricant prend une place prépondérante comme moteur de la diffusion des biens. Aussi a-t-il pu être appelé « the father of the transaction »⁷. Le juge Simon en Allemagne a bien résumé les caractéristiques de cette prépondérance⁸.

Il se trouve que par rapport à l'image classique au début du siècle dernier — le vendeur est aussi le fabricant ou il joue tout au moins un rôle appréciable dans la présentation du produit — ou à celle du début du présent siècle — le marchand exerce une activité bien caractérisée en ce qu'il est une sorte de « spécialiste » des biens qu'il vend sans les fabriquer, le commerçant contemporain agit d'une façon beaucoup moins caractéristique. L'intervention directe du fabricant sur le marché se renforce considérablement aux dépens de celle du revendeur au détail.

Mais l'évolution n'affecte pas seulement le fonctionnement et la portée des relations juridiques dans leur *forme* classique : un certain nombre de principes essentiels sont de plus en plus mal adaptés de par leur *nature* aux formes prises par la production industrielle moderne et par la distribution à grande échelle des biens. À côté de la portée à attribuer à la relation fabricant-public, la spécialisation des opérations de production, leur caractère toujours plus technique, la mécanisation diluent la notion de responsabilité individuelle fondée sur une faute. Que les fautes personnelles soient encore prépondérantes comme causes des dommages peut être discuté : il n'en reste pas moins que leur localisation devient de plus en plus difficile pour qui devrait l'établir en justice tout particulièrement. De plus, si le fondement de la responsabilité reste la faute individuelle, la capacité économique de qui répondra personnellement du dommage est sans commune mesure avec le risque que la faute a créé : ce dernier est en effet fonction de l'ampleur de l'activité de l'*entreprise* qui joue le rôle d'un amplificateur du dommage : on sort d'une simple variante quantitative du dommage pour une faute de gravité constante ; l'intervention de la grande machine de l'économie industrielle change la nature même du rapport de la faute au dommage.

Parallèlement se multiplient les situations où le patrimoine qui répond du dommage n'est pas celui du fautif.

⁶ Weimar, *idem*, p. 2 et ss., 69 ss.

⁷ Santor v Karagheusian, 207 A 2d 305, 309 (1965).

⁸ H. Simon, *Referat...*, in Sitzungsbericht M zum 47. Deutschen Juristentag (1968), p. 13-14.

En matière de technique et de développement scientifique, la notion classique de faute tend à se dissoudre : fautive ou innocente ? L'erreur technique est très souvent difficile à qualifier sous cet angle.

Qu'on songe enfin aux complications juridiques et judiciaires qu'engendrent le développement du commerce international et la collaboration de fabricants de divers pays pour un même produit. Dans ce type de situations, toujours plus répandu, l'application du principe de la faute à la responsabilité se heurte à des obstacles toujours plus considérables.

Or, le principe établi chez nous veut qu'il n'y ait pas de responsabilité sans faute ; seules des dispositions spéciales peuvent instaurer une responsabilité causale. Il ne fait pas de doute que jusqu'à une époque assez récente, dans une civilisation rurale et artisanale, à la grande majorité des dommages causés par l'homme à son prochain correspondait une *faute* de l'auteur ou à tout le moins d'un être humain tiers (employé) ou le fait d'un animal qu'il avait sous son autorité. La possibilité que des dommages ne remontent pas en définitive au fait fautif d'un individu est minime. L'avènement de l'industrie et le recours à la technique, l'apparition d'énergie nouvelles comme la vapeur, le pétrole, l'électricité ou l'énergie atomique ont modifié cette situation. Le droit n'a pas tardé à en tenir compte puisque, dès la fin du XIX^e siècle, sont apparues des responsabilités indépendantes de la faute. Cela témoigne d'abord de ce que la faute n'était pas reconnue comme la seule source de la responsabilité. Cela démontre ensuite que la responsabilité civile n'était pas conçue seulement comme la sanction civile d'un comportement dolosif ou négligent, mais qu'elle visait principalement à assurer la compensation des pertes causées aux uns par l'activité des autres, quand le sentiment de la justice prévalant dans la société l'exigeait. Nous avons relevé que dans notre systématique, la responsabilité fondée sur une faute reste le principe général, la responsabilité causale l'exception. Il s'en suit que dans la mesure où la faute personnelle n'est plus pertinente parce que les circonstances ont changé, la responsabilité civile se retire d'un domaine de l'activité humaine, à moins qu'une loi spéciale ne remédie à l'absence ou à la non-pertinence de la faute en introduisant une responsabilité causale. Il nous est apparu que dans le domaine de la fabrication et de la diffusion de produits défectueux, une brèche était précisément en train de s'ouvrir dans le système de la responsabilité civile, pour autant qu'on prenne acte de ce que la notion de faute n'est pas indéfiniment extensible et qu'on se refuse à la dénaturer complètement. La solution d'occasion que peuvent fournir les présomptions ou les fictions ne peut pas être généralisée sans mettre en cause de façon grave le principe de la sécurité du droit.

C'est ainsi que nous en sommes arrivés à nous poser de façon générale la question suivante. Puisque dans la société se produisent des dommages causés par l'utilisation des produits, à qui convient-il d'en faire supporter la charge, selon quelles règles de droit, dans quelles limites ? C'est à proposer et à justifier une réponse à cette question générale que nous allons consacrer les pages qui suivent.

Pour ce faire, nous chercherons d'abord à mettre en évidence les facteurs les plus pertinents pour résoudre la question posée en évitant autant que possible d'aborder leurs aspects proprement juridiques (1^{re} partie). Nous décrirons ensuite (2^e partie) les grandes lignes du système qui s'est développé aux Etats-Unis d'Amérique avant d'aborder le droit suisse et d'avancer la solution que nous croyons pouvoir proposer « de lege ferenda » (3^e partie).

PREMIÈRE PARTIE

LE PROBLÈME EN FAIT

CHAPITRE UNIQUE

LE PROBLÈME EN FAIT

EXEMPLES ET GÉNÉRALITÉS.

Les espèces décrites dans les recueils de jurisprudence, les traités et les monographies publiées des deux côtés de l'Atlantique sont extrêmement nombreuses. Le choix d'exemples ne peut être qu'arbitraire. Il n'est cependant pas inutile de faire apparaître concrètement certains éléments caractéristiques avant de dégager des lignes générales et de les confronter systématiquement avec les solutions du droit en vigueur.

La jurisprudence suisse est pauvre dans le domaine concerné ; nous n'avons rencontré que deux arrêts fédéraux publiés qui soient typiques. Le premier date de 1923⁹, le second de 1964¹⁰. Dans l'espèce soumise en 1923 au Tribunal Fédéral, les faits étaient les suivants : Un des trois défendeurs, M. Höcker, fabriquait du noir pour le cuir contenant de l'aniline. Il participait comme associé non-inscrit des deux autres défendeurs à une société en nom collectif qui distribuait dans le commerce, sous sa raison sociale, le produit fabriqué par Höcker. Mlle Brüderlin, demanderesse comme partie civile dans la procédure pénale ouverte contre les défendeurs pour lésions corporelles par négligence, avait donné ses souliers à teindre à son cordonnier qui utilisait le produit fabriqué par Höcker et distribué par ses associés. Après qu'elle eut marché avec ses souliers récemment teints dans de l'herbe mouillée, le noir déteignit et atteignit sa peau. Un eczéma d'abord localisé apparut, puis se développa et gagna tout le corps de la demanderesse, l'obligeant à séjourner assez longtemps à l'hôpital. Plainte pénale fut déposée par la demanderesse et le Ministère Public poursuivit également les défendeurs pour la fabrication et la mise en circulation par négligence d'un objet usuel dangereux

⁹ Höcker c. Bâle-Ville, RO 49 I, 465 = JT 1924 I, 372.

¹⁰ Breu c. Hoirs Oberländer, RO 90 II, 86 = JT 1964 I, 560.

pour la santé sur la base de l'art. 38 LCDA. Parallèlement à la poursuite pénale, la responsabilité civile de Höcker et de ses deux associés fut mise en cause. Le Tribunal Fédéral décida que cette responsabilité était engagée vis-à-vis de Mlle Brüderlin et que non seulement Höcker comme fabricant, mais ses deux associés en nom collectif comme distributeurs du produit devaient réparer le dommage subi par la demanderesse.

Le fait que l'usage de l'aniline était généralement admis dans la fabrication du noir pour le cuir et que la sensibilité de la demanderesse était exceptionnelle ne suffit pas à disculper les défendeurs. Il faut souligner dans cette espèce que le co-contractant de la victime, le cordonnier, était hors de cause ; que la victime n'avait pas de rapports contractuels ni avec le fabricant, ni avec les distributeurs du produit ; en conséquence, la responsabilité à raison d'un acte illicite était seule possible. Les défendeurs avaient observé les règles usuelles dans leur profession.

Les faits de l'espèce tranchée en 1964 sont les suivants : le demandeur Breu, aubergiste, avait acheté en mai 1960 à la défenderesse, une société en nom collectif qui fabriquait des appareils électriques, une « friteuse » construite par elle et munie d'un thermostat automatique devant empêcher entre autre que la température de l'huile dépassât 200 degrés. Le 11 juillet 1961, un incendie se déclara dont l'origine fut trouvée dans le fait que le thermostat n'avait pas été installé complètement et qu'il ne fonctionnait pas. Les actions fondées sur la garantie du vendeur étaient prescrites et le dernier espoir du demandeur reposait sur les actions des art. 41 et ss., notamment 55 CO. Le Tribunal Fédéral rejeta la demande, l'employé responsable de ce défaut ayant été choisi, instruit et surveillé avec le soin qu'exigeaient les circonstances. La question de l'application à l'action délictuelle fondée sur le même état de fait du court délai de l'action en garantie fut laissée ouverte. On doit admettre que la solution n'aurait pas été différente si cet incendie avait causé la mort d'êtres humains, celle de la cuisinière ou des hôtes de l'aubergiste par exemple, ou la destruction complète de son auberge. On peut en revanche penser que si l'incendie avait eu lieu deux mois plus tôt, l'aubergiste aurait obtenu réparation de tout ou partie de son dommage en vertu des règles applicables à la vente. Mais si des tiers avaient été lésés par cet incendie, ils n'auraient pas pu invoquer les règles contractuelles à leur profit et seraient restés sans moyens contre le fabricant¹¹.

¹¹ Cf. toutefois la proposition du Prof. Jaeggli évoquée p. 141.

Le professeur Weitnauer propose deux exemples tirés de son expérience ¹² :

— Une fillette a reçu pour prendre part à une fête masquée une perruque achetée par sa mère. Au cours de la fête l'enfant participe à un jeu consistant à souffler sur des bougies pour en éteindre le plus grand nombre. La perruque s'enflamme d'un seul coup comme une ampoule de magnésium et brûle grièvement la fillette, tandis qu'un garçon qui observait le jeu subit de graves lésions oculaires.

— Un réchaud de campeur défectueux explose dans la tente de son propriétaire, tue l'épouse de ce dernier et provoque l'incendie de la tente voisine où des tiers sont également blessés.

Nous tirons de la très abondante jurisprudence américaine l'exemple que voici :

— Un tireur à la carabine voit son arme exploser à cause d'une cartouche défectueuse ; c'est son voisin de stand qui est blessé par les éclats alors que le propriétaire de l'arme est indemne ¹³.

Revenant en Suisse on évoquera une affaire qui s'est réglée amiablement en ce que le fabricant a réparé sans y être contraint l'ensemble du dommage : Un herbicide sélectif qui devait désherber les vignes sans porter atteinte aux plants était répandu en grains à la surface du sol, la pluie devant le dissoudre et le faire pénétrer dans la terre. Or la pluie se fit rare. Du brouillard survint qui forma avec le produit des vapeurs toxiques ; elles stagnèrent à la hauteur des plants de vigne et en détruisirent les pousses causant de grosses pertes aux vignerons, y compris à ceux qui n'avaient pas eu recours à l'herbicide et dont les parchets furent tout de même atteints par la nappe de brume toxique.

Dans tous ces exemples, on relèvera que l'élément prépondérant du dommage ne correspond pas tant à une diminution de l'utilité attendue du produit qu'aux dégâts qu'il cause « activement » ; le dommage est le résultat de ce qu'on a appelé parfois aux Etats-Unis l'« active malfunctioning » ¹⁴.

Pour les produits destinés à assurer la sécurité ou la protection physique de l'utilisateur ou de tiers, le défaut sera plus fréquemment encore la source de dangers immédiats. Dans une espèce jugée par le

¹² Sitzungsbericht M, 47. D. Juristentag, p. 79 ss.

¹³ *Piercefield v Remington Arms*, 133 NW 2d 129 (1964).

¹⁴ *Bulletin du service des sinistres* de la Compagnie Suisse de Réassurances, Ed. spéciale, 1^{re} partie (1968), p. 23.

Tribunal Fédéral en 1938¹⁵, un électricien travaillant sur les poteaux électriques avait fait réparer la ceinture de cuir qui sert à retenir l'ouvrier au poteau. La réparation ayant été mal faite par l'artisan à qui la ceinture avait été confiée et l'électricien ne s'en étant pas aperçu à temps, il s'ensuivit une grave chute de ce dernier. Le Tribunal jugea que le demandeur était déchu de son action en garantie faute de s'être livré au contrôle nécessaire en reprenant sa ceinture réparée. Le Tribunal lui accorda toutefois la réparation du tiers de son dommage en application des art. 41 et ss. CO, car l'entrepreneur avait mis sans nécessité en danger la vie d'autrui. L'omission par l'électricien d'un contrôle poussé de la ceinture lui fut imputée à faute et le montant de la réparation fut réduit des 2/3. Bien qu'il ne s'agit pas de la fabrication d'un produit défectueux, cette espèce présente une grande analogie avec notre sujet ; le problème se serait posé en termes semblables s'il y avait eu vente d'une ceinture défectueuse et non réparation seulement.

Nous rencontrerons tout au cours du présent travail d'autres exemples, ceux que nous venons d'évoquer n'étant destinés qu'à fixer concrètement les éléments du problème.

Les avis des auteurs qui se sont exprimés sur la nécessité d'introduire de nouvelles règles pour la responsabilité du fabricant sont divers : les uns pensent qu'il ne faut rien changer et que le droit est complet ; la jurisprudence résoud en puissance la question et aucune intervention législative ne se justifie¹⁶. D'autres estiment que la création d'une responsabilité spéciale d'un nouveau type s'impose¹⁷, sur la forme et le contenu de laquelle des divergences se font d'ailleurs jour¹⁸. Il n'en va pas autrement en Allemagne¹⁹. Le mérite de ces discussions est qu'elles se font dans un cadre essentiellement juridique : la plupart des auteurs partent du droit positif pour le trouver suffisant ou y discerner des solutions en puissance ou des lacunes. Ils se servent de concepts acquis qu'ils tentent d'adapter à une situation particulière. L'avantage de cette méthode est que le rapport avec le droit positif n'est jamais rompu ; nous voudrions nous en écarter toutefois ici pour quelques pages par crainte de déformer

¹⁵ RO 64 (1938) II, 254 = JT 1939 I 42.

¹⁶ Stark, *Einige Gedanken...*, p. 299 ; la responsabilité délictuelle suffit.

¹⁷ Spiro, *Zur Haftung...* ; cet auteur propose une nouvelle responsabilité causale.

¹⁸ Weimar, *Untersuchungen...* ; cet auteur préconise l'extension aux tiers de la responsabilité contractuelle.

¹⁹ Diederichsen, *Die Haftung...* ; cet auteur préconise une responsabilité sans faute fondée sur la confiance (*Vertrauenshaftung*) ; Simitis, *Soll die Haftung...*, suggère une responsabilité pour le risque créé (*Gefährdungshaftung*).

une réalité dont on peut penser qu'elle mérite une étude aussi indépendante que possible des institutions reçues.

S'il n'y a pas dans les faits d'éléments nouveaux dans leur principe, il semble bien que leur importance relative et leur combinaison ont profondément changé depuis une cinquantaine d'années. C'est pour tenter de garder un œil neuf, sensible à ces changements, que nous renvoyons aux parties suivantes les aspects véritablement juridiques de la discussion.

La diffusion commerciale d'un produit met en scène un certain nombre de personnes et suscite un certain nombre de relations, des personnes au produit d'une part, des personnes entre elles d'autre part. Il convient de les examiner dans l'hypothèse où, par le fait du produit, quelqu'un se trouve lésé.

Nous renonçons pour l'instant à distinguer les différentes sortes de produits qui entrent en ligne de compte : la question sera traitée plus loin en rapport avec les aspects juridiques. Tous les produits corporels de l'activité humaine destinés à l'usage par des tiers peuvent être la source de dangers pour la personne ou la propriété quand ils sont affectés d'un vice, de l'avion à la boîte de nourriture pour les chiens ou aux vêtements trop facilement inflammables. Il convient donc de rechercher une notion générale qui rende compte du dommage indépendamment de la nature du produit, soit de définir le défaut ; en tant qu'il rend compte directement du fait dommageable, il constitue l'axe de toute la problématique.

I. — LA NOTION DE DÉFAUT.

Sans autre précision, le défaut peut recouvrir une multitude de caractères d'un produit selon la perspective dans laquelle on en parle.

Un produit peut être défectueux parce que son utilité n'est pas telle que promise par celui qui l'a offert ou espérée légitimement par celui qui s'en sert ; de même pour sa valeur, sa résistance à l'usure, son fonctionnement, etc. Nous sommes alors sur un terrain où les conventions, les pourparlers, la réclame, les circonstances en un mot permettront de conclure à l'existence d'un défaut ou de l'exclure au gré des intérêts subjectifs, des contingences innombrables qui ne permettent pas de donner un critère général.

Quand les produits sont d'un genre connu et largement distribués dans le commerce, le critère de la déviation par rapport à la moyenne est utilisable, avec les incertitudes inévitables dans les cas limites.

Dans la perspective particulière que nous avons adoptée pour ce travail, c'est parce qu'il *met en danger les personnes et les biens que le défaut nous intéresse* : s'il est vrai qu'un produit peut être défectueux sans être dangereux, l'inverse l'est aussi²⁰. Ce n'est pas le danger inhérent à tel ou tel produit qui nous préoccupe ; nous pensons d'ailleurs que la définition générale des produits dangereux en soi est très difficile sinon impossible ; le défaut comme source de dangers pour le public nous paraît en revanche une notion moins complexe, même si des situations limites se présentent, notamment quand le défaut affectant seulement le fonctionnement d'un produit est de nature à mettre en même temps en danger la personne ou la propriété : c'est le cas toutes les fois que le produit sert à protéger d'une lésion dont la source serait ailleurs (l'extincteur contre les incendies ; la plupart des remèdes). Un même produit peut présenter les deux sortes de défauts : un vaccin peut causer de grands dommages parce que ceux à qui il a été administré ne sont pas protégés et tombent malades, ou parce qu'il contient des bacilles actifs et fait apparaître la maladie (active malfunctioning)²¹.

Il est difficile de donner une définition du défaut qui ne fasse pas appel à des notions de droit. Contentons-nous de dire ici qu'*est un défaut au sens de notre recherche toute propriété dangereuse d'un produit qui, si elle était connue et appréciée comme telle par l'acquéreur ou l'usager et par le distributeur honnête, entraînerait le refus du premier de l'accepter (ou de s'en servir), la renonciation du second à le mettre dans le commerce*. Les caractéristiques du produit pris pour lui-même ne jouent aucun rôle dans cette optique : l'objet ordinairement le plus inoffensif peut devenir dangereux à cause d'un défaut, et un objet fort dangereux (comme un explosif), ne pas présenter de défaut pour autant.

Les défauts résident en principe dans l'objet lui-même. Il faut toutefois inclure, même si le terme est peu approprié, dans ce que nous continuerons à appeler « défaut » pour simplifier, les risques que font courir au public des avertissements ou des modes d'emploi inadéquats pour un produit qui, par ailleurs, n'est pas défectueux comme tel.

Le défaut peut avoir son *origine* dans les différentes phases du processus productif. Le professeur Keeton²² distingue en matière de « negligence » :

²⁰ Cf. P. Keeton in 64 Michigan L.R. (1966), p. 1335.

²¹ Cf. note 14 ci-dessus.

²² In 20 Syracuse L.R. (1968), p. 562.

— Le vice dans la phase de *fabrication* au sens étroit (miscarriage in the manufacturing process) ; caractérisé par le fait qu'il n'est pas voulu par le fabricant, qu'il est un « accident » de fabrication, il affecte un exemplaire dans une série par exemple.

— Le vice dans la phase de la *conception technique*, dans la composition, le « design », etc. (improperly designed product) ; toute une série pourra en être affectée.

— Le vice dans les informations accompagnant le produit, qu'elles soient fausses ou inadéquates (manquement au « duty to warn »).

Le professeur Simitis ²³ recourt (en 1965) à une classification tripartite analogue :

— Le dommage à son origine dans la phase de *préparation de la production* : le passager d'un taxi est blessé parce que le constructeur a mal conçu les freins du véhicule ; une ménagère est électrocutée en touchant la carcasse d'une machine à laver parce que l'isolation étaient insuffisante etc... Le choix d'une conception trop compliquée, l'absence d'une pièce supplémentaire qui renforcerait la sécurité de l'usage, le choix d'un matériel de qualité inférieure, qu'il s'agisse de composants bruts ou de pièces fabriquées par un tiers sont autant de défauts dans la conception du produit de nature à affecter l'ensemble ou une bonne partie de la production.

— Le dommage a son origine dans la phase de *fabrication* proprement dite parce que l'organisation personnelle ou technique de l'entreprise productrice est défectueuse : il faut par exemple certaines mesures pour empêcher que du verre pilé se glisse dans du sel minéral ou que des substances toxiques corrompent de l'huile comestible, que des bacilles de typhus survivent à un procédé de pasteurisation insuffisant, etc. Le défaut de fabrication peut aussi remonter à la défaillance soudaine d'un travailleur isolé : erreur de montage de la fourche ou du guidon d'un vélomoteur par exemple.

— Le dommage peut enfin résulter de la *façon dont le produit est utilisé*, ou des conditions qui entourent son usage. Des produits comme tels irréprochables ne doivent pas être approchés d'une flamme ou de la chaleur parce qu'ils contiennent des solvants explosifs ; tel insecticide contre la vermine fait périr les abeilles, etc., autant de situations où seuls des avertissements précis peuvent éviter des dommages.

²³ *Grundfragen...*, p. 3-6.

Le professeur Lorenz, suivi de 1968 par Simitis, a élaboré une systématique de cas-types définis d'après ce qui *dans l'entreprise* est à l'origine du défaut ²⁴.

Cette classification distingue non seulement selon la phase dans laquelle le vice a pris naissance, mais introduit également une systématique de l'imputabilité du vice. Comme elle est devenue classique nous en rendons compte brièvement ; il y a cinq types pour le premier cité, quatre pour le second, mais les principes sont les mêmes.

1. *Le défaut de fabrication* (Fabrikationsfehler).

Le vice intervient dans la phase de fabrication proprement dite et n'affecte en principe qu'un nombre restreint d'exemplaires si l'objet est fabriqué en série. La cause peut résider dans le matériau utilisé, le mauvais fonctionnement d'une machine, l'inattention ou l'erreur d'un ouvrier, etc. Quelques exemples : la bouteille de boisson gazeuse, surcomprimée parce que la machine à remplir jusque là irréprochable se dérègle, explose dans les mains de celui qui sert à boire ; ou l'explosion résulte d'une paille dans le verre de la bouteille ; la direction d'un scooter, mal montée à cause d'un instant d'inattention de l'ouvrier qui s'écarte du plan, cause la chute du conducteur ; un rivet forgé à une température trop basse échappe à un contrôle défaillant, etc. Ce genre de défauts ne frappant que des exemplaires isolés, le cercle des personnes menacées est relativement peu étendu ; les victimes seront frappées au hasard par les conséquences de ces défauts qui restent exceptionnels dans la production de l'entreprise concernée.

En termes d'imputabilité, le vice résulte du fait d'un employé subalterne ou de la fatalité si la fabrication est automatisée.

2. *Le défaut de construction* (Konstruktionsfehler).

Tel produit se révèle défectueux dans toute une série parce qu'au niveau déjà de la conception, de la construction ou de l'assemblage, les règles de la science et de la technique du moment ne sont pas observées. Ainsi de freins mal calculés sur un modèle de voiture ; de médicaments insuffisamment testés et causant des dommages à l'organisme, etc. Les causes de ces vices résident dans le processus de production proprement dit (la chaîne de production est mal organisée) ou dans le stade pré-

²⁴ Lorenz, *Länderbericht und rechtsvergleichende Betrachtung*, 1966, p. 6-9 ; Simitis, *Soll die Haftung...*, p. 12-15.

cèdent de la préparation, dans l'étude du plan ou de la conception du produit. Quoiqu'il en soit, ce type de vices ne se caractérise pas comme une exception, mais affecte toute la production ou au moins toute une série. Les victimes ne seront pas uniques ou peu nombreuses, soit celles que le hasard aura désignées, mais tous les usagers seront menacés.

Les dangers que fait naître ce type de défauts sont incomparablement plus grands que les précédents.

Le vice doit être imputé à faute à un organe de l'entreprise ou tout au moins à un cadre supérieur.

3. *Le défaut d'avertissement* (Instruktionsfehler).

Des modes d'emploi, des avertissements insuffisants ou erronés à propos des propriétés dangereuses du produit conduisent à des dommages. Il s'agit ici de vices qui n'apparaissent pas pendant la production proprement dite. Il y a ainsi des produits, en soi irréprochables, qui contiennent des substances inflammables ou toxiques ou que leur complication technique rend d'un usage dangereux pour l'utilisateur sans connaissances spéciales.

Même les produits les plus simples peuvent receler des dangers qui ne sont pas évidents tout de suite pour le public. C'est le cas pour nombre d'appareils électriques par exemple. On peut y assimiler, selon Lorenz, les produits chimiques qui ne doivent être utilisés que moyennant certaines précautions ou conditions positives ou négatives. Lorenz introduit encore certains cas de réactions allergiques, dans la mesure où on peut attendre du fabricant qu'il les connaisse et les signale, ou donne un moyen de les prévenir par un test préalable.

4. La situation décrite ici est considérée par Lorenz comme un cas en soi, alors qu'on peut admettre que Simitis y voit seulement un développement du numéro 3 ci-dessus. Certains produits correspondant exactement aux exigences de la technique peuvent cependant créer des dangers si telles précautions exigées par leur nature ne sont pas observées. Le fabricant peut s'être dispensé de faire part de certaines informations en se reposant sur l'*expérience professionnelle* des usagers habituels de son produit qu'il juge suffisante pour prévenir tout dommage : Lorenz donne comme exemple certaines fenêtres utilisées toutes faites dans la construction qui doivent être posées selon un procédé d'ancrage connu dans les milieux professionnels, ou encore un remède pour les maladies oculaires de la volaille mis dans le commerce sans avertissement spécial

qu'on ne doit en tout cas pas le mettre en contact avec les yeux malades²⁵.

5. *Les dangers n'apparaissant qu'à la suite de nouvelles découvertes scientifiques et techniques* (Entwicklungsgefahren).

Du point de vue de la production, il est difficile de parler ici de défaut puisque le fabricant ni personne d'autre ne pouvait prévoir, au moment de la mise sur le marché, que le produit n'était pas satisfaisant.

On ne peut pas faire remonter le dommage à un manquement, même si on juge objectivement, dans le domaine de l'entreprise productrice. Il s'agit ici de produits considérés comme irréprochables et sans danger, dont on découvre seulement après coup, notamment après la phase des tests admis comme suffisants, qu'ils recèlent des propriétés nuisibles. L'exemple donné par Lorenz est celui des cigarettes, dont on découvrit qu'elles pouvaient provoquer le cancer ; Simitis cite le cas également fameux aux Etats-Unis d'une préparation contre le cholestérol, le MER-29, qui donnait la cataracte à un nombre important de ceux qui le prenaient. L'état de la science médicale et pharmacologique au moment de la diffusion du produit n'aurait pas permis de déceler les effets secondaires désastreux de la préparation²⁶. Ce genre de situation se présente surtout dans l'industrie pharmaceutique et chimique.

D'une façon générale, ce type se distingue des précédents en ce que le risque n'est pas connaissable au moment de la mise en circulation du produit. Mais dans le premier exemple la découverte porte sur le risque inhérent à l'usage ou à la consommation d'un produit déjà largement répandu ; dans le second c'est à cause de sa nouveauté que toutes les propriétés nuisibles du produit ne sont pas encore connues.

Les auteurs américains dans leur ensemble ont établi une classification un peu moins ambitieuse dans le domaine de la « products liability ». Ils distinguent le « miscarriage of the manufacturing process » (aboutissant à un défaut de fabrication) ; le « defective design », soit le vice au niveau de la conception technique du produit (correspondant au moins partiellement au vice de construction) ; le manquement au « duty to warn » (qui recouvre le défaut d'avertissement adéquat sur les risques inhérents à l'usage du produit ou d'instructions appropriées pour son

²⁵ Pour une situation analogue, voir l'arrêt américain *Harper v Remington Arms*, 280 Nv Supp 862 (1935) : des cartouches spécialement fortes, réservées aux armuriers pour contrôler la résistance des armes ont été vendues comme cartouches ordinaires.

²⁶ Cf. p. 118 *infra*.

emploi). Ils admettent également l'existence de produits faisant naître des « unknowable risks » (risques impossibles à connaître selon les connaissances scientifiques ou techniques du moment) ; et celle des « unavoidably unsafe products » soit les produits dont par définition l'usage met en œuvre des propriétés dangereuses, secondaires ou non, mais inséparables d'une utilisation par ailleurs désirable.

Dans cette dernière catégorie, les dangers ne remontent pas à un vice ou à un manquement dans l'entreprise : mais l'utilité reconnue du produit n'empêche pas qu'il présente des risques inhérents directs ou dans ses effets secondaires. On ne saurait alors parler de défaut pour cette seule raison qu'un danger lui est attaché.

De ces deux situations (danger qu'on ne pouvait connaître, et danger inévitable) doit être soigneusement distinguée celle où les *procédés de fabrication* sont la source de dangers parce qu'il n'est pas possible d'empêcher que les défauts apparaissent dans une certaine proportion des exemplaires produits. Il ne s'agit plus alors de dangers inséparables de l'usage souhaité du produit, ni de dangers imprévisibles, mais d'un risque inhérent à la *fabrication* selon telle formule qu'il n'est pas possible d'améliorer pour des raisons techniques ou économiques (rentabilité). Il n'y a pas de procédé rentable pour empêcher que des pailles ne se forment dans une série de pièces de métal, ou pour les déceler avant la distribution. On pourrait songer à passer toutes les pièces aux rayons X, mais le coût d'un tel contrôle serait trop élevé ; de même pour les virus d'hépatite dans le sérum sanguin.

Le risque peut donc être connu, mais il est considéré comme insurmontable. Il n'en résulte pas moins d'un choix au niveau de la fabrication, et on ne saurait dire qu'il est inhérent à l'objet produit ; la preuve en est que la plupart des exemplaires est irréprochable. Le danger ne réside pas dans la formule du produit qu'on n'aurait pas les moyens techniques d'améliorer, mais dans celle du procédé de fabrication.

Lorenz et Simitis et les auteurs qui les suivent²⁷ voient dans cette recherche des cas types plusieurs avantages : faire ressortir les grands traits de la problématique ; montrer combien l'origine d'un dommage pour le consommateur peut varier et éviter ainsi les simplifications excessives ; faciliter l'application du droit à des faits bien déterminés et qualifiés.

²⁷ Von Caemmerer, *Products Liability*, 1969, p. 663 ss. ; Kessler, *Products Liability*, 76 Yale Law J. (1967), p. 937-38.

Aussi claires que puissent être ces classifications, la réalité risque de ne pas s'y laisser incorporer ; les cas limites pourraient bien être plus fréquents que les cas types.

Il sera souvent difficile de rattacher tel défaut à une cause plutôt qu'à une autre, et plusieurs causes pourront coïncider pour conduire au vice du produit. Un défaut de fabrication au sens étroit se manifestera le plus souvent parce que la procédure de contrôle n'aura pas été poussée suffisamment pour le déceler, ce qui dans l'entreprise renvoie en définitive à une question d'organisation générale, plutôt qu'à un manquement isolé.

La décision du fabricant de mécaniser un procédé de fabrication pour des raisons de rentabilité peut entraîner une proportion un peu plus grande de défauts de fabrication (Ausreisser). Les avertissements et explications inadéquats peuvent remonter aussi bien à des erreurs de conception, au caractère inconnu du risque qu'à un manquement isolé de celui qui doit veiller au collage des étiquettes.

Mais une deuxième difficulté nous paraît plus considérable :

Les connaissances techniques et scientifiques sont d'une importance capitale aussi bien pour pouvoir juger du comportement du fabricant que pour définir le défaut d'une façon objective.

Or il paraît bien difficile de savoir quel est l'état de la science et de la technique à un moment donné : même si certaines découvertes peuvent être datées très facilement et précisément parce qu'elles sont le fait d'un homme ou d'un tout petit groupe, les progrès scientifiques sont aujourd'hui le résultat d'un travail constant et assez systématiquement accompli un peu partout dans le monde par des équipes de chercheurs, et cela aussi bien dans des entreprises privées que dans les instituts universitaires. La science progresse de façon continue grâce à des travaux de recherche ; les résultats sont presque toujours perfectibles : il faut des années pour acquérir des certitudes surtout dans les domaines touchant à la biologie. S'il est commode pour les profanes d'imaginer les découvertes comme des bornes le long d'une route, les connaissances sont toutefois loin de progresser par bonds : bien au contraire, derrière des résultats qui frappent l'opinion quand ils deviennent publics, se cache une longue suite d'intuitions, de tâtonnements, d'indices, de raisonnements qu'on ne peut découper en « avant » ou en « après » par rapport à une « certitude ».

La notion même de certitude scientifique est fluide, et s'apparente à la vraisemblance, si grande qu'elle soit.

Les conditions dans lesquelles s'opère la recherche scientifique ne permettent pas que ses résultats soient toujours connus largement, même

dans les milieux spécialisés, dans des délais rapides ou déterminables avec régularité, et cela pour de nombreuses raisons dont voici les plus évidentes : entre le moment où une connaissance est acquise dans tel point du globe et celui où elle est publiable et démontrable, peut s'écouler un temps assez long ; il arrive d'ailleurs qu'une découverte soit contestée par des représentants d'une autre école ; les résultats des recherches dans l'industrie ne sont diffusées que dans la mesure compatible avec une situation de concurrence, et pour autant que les règles de la propriété industrielle les protège ce qui est loin d'être toujours le cas. Les chances d'accès à une nouvelle scientifique sont très inégales d'une catégorie d'industriels à une autre. Il est évident qu'une grande entreprise aura plus de chances et de moyens de tenir à jour ses informations. Il n'est pas rare qu'on se contente dans les milieux industriels d'un niveau de certitude et de sécurité technique et scientifique que les chercheurs universitaires par exemple mettent en doute dans leurs travaux.

Ces quelques remarques nous amènent à ne pas croire à la réalité d'« un état de la science et de la technique à un moment donné » (der jeweilige Stand der Wissenschaft und Technik). On ne peut pas exclure que dans un cas particulier, on puisse valablement affirmer que tel fait ne pouvait *pas* être connu.

(On notera toutefois que c'est d'une façon toute négative qu'on pourrait à la rigueur utiliser ce critère notamment quand il ne s'agirait pas d'une propriété naturelle et générique mais jusque là insoupçonnée d'un matériau, mais plutôt d'une situation tout à fait particulière faisant apparaître un risque comme la contamination de sérum sanguin par tel virus indétectable ou les réactions allergiques. Cette observation se limite à des circonstances accidentelles, elle ne vaut pas pour les propriétés constantes d'un produit, d'une formule technique ou d'un procédé de fabrication.)

Il nous semble que ces classifications ne se justifient que dans la mesure où elles impliquent des notions de droit. Lorenz et Simitis, quand ils parlent de ce qu'on pouvait connaître raisonnent en termes de faute ; quand ils distinguent défaut de conception et de fabrication, c'est la distinction de l'organe et de l'employé qu'ils ont en vue. Mais cela nous paraît conduire à des schémas trop stricts. On vient d'observer que les défauts de fabrication peuvent remonter au choix par les *organes* d'un système de montage donnant lieu à une proportion relativement élevée d'exemplaires défectueux ; l'employé peut être distrait à cause de l'organisation de la chaîne ; il est très difficile dans ce domaine de vouloir fixer des limites précises à l'enchaînement des causes pour aboutir à des catégories juridiques connues. C'est pourquoi nous voulons nous

garder de faire coïncider les catégories établies sur les différentes phases de la production et celles renvoyant à l'imputabilité du défaut (cf. II ci-dessous). Même si l'on observe une certaine « typicité », la superposition force la réalité. L'organisation industrielle est trop complexe, ses différents éléments trop imbriqués les uns dans les autres pour qu'on puisse s'en tenir à des schémas simples, si féconde qu'ait été la réflexion qui les a fait apparaître.

*
**

Pour conclure provisoirement, est défectueux un produit faisant courir à la personne ou aux biens corporels des dangers apparaissant excessifs aussi bien dans l'optique de celui qui le fabrique ou le distribue que dans celle de la victime. Le danger qui nous intéresse ici correspond à la propension du produit à causer *directement* et *activement* ²⁸ des dommages ; le mauvais fonctionnement, la panne, l'absence de valeur ou d'utilité d'un produit ne sont en principe pas visés avec la réserve que la distinction s'efface quand le produit est destiné à prévenir des dommages à la personne ou à la propriété qui résulteraient d'une cause autre que son utilisation.

II. — IMPUTABILITÉ DU DÉFAUT.

On a résumé ci-dessus comment les auteurs classent les défauts selon leur origine objective, et le moment de la production auquel ils prennent naissance. Il importe ici de savoir pourquoi ces défauts apparaissent et à qui ou à quoi les imputer.

Dans la perspective du droit actuel la faute reste encore, au moins en principe, la cause pertinente du dommage. Aussi commençons-nous, sans pour autant nous préoccuper ici du caractère juridique de la question, par parler des manquements humains, avant d'évoquer les mécanismes de la production industrielle moderne et leur rôle.

Défaut, faute personnelle, erreur.

Il va sans dire que la faute personnelle peut très souvent entraîner, pour ce qui nous occupe, un défaut de fabrication, de construction, d'avertissement. Toute négligence dans le processus industriel, au niveau de la conception, de la recherche et de la mise au point technique, ou

²⁸ Voir note 14.

pendant la fabrication proprement dite, choix des matériaux, des systèmes de montage, organisation des contrôles, ou lors du conditionnement du produit, peut avoir des conséquences funestes pour le public : qu'il en découle des défauts dans un exemplaire isolé ou dans une série entière n'importe pas sous cet angle. Ainsi un calcul mal fait par des ingénieurs, l'inattention du préposé à telle machine qui soude des pièces maîtresses d'un châssis, un contrôle superficiel du produit fini, l'omission de tel procédé connu pour renforcer la résistance d'une pièce parce qu'il perd du temps ou que la machine qui l'assume coûte cher, la mauvaise sélection des pièces achetées chez un tiers, un mode d'emploi absent, etc. sont autant de causes probables d'un dommage futur lors de l'utilisation du produit. Cela est tellement évident qu'on ne le développera pas davantage. On s'appliquera en revanche à montrer que si les fautes humaines caractérisées ont toujours de fortes chances d'entraîner des défauts et des dommages, elles sont loin d'en être les causes uniques.

Beaucoup de défauts renvoient à des erreurs, notamment dans la conception technique. Certaines de ces erreurs résultent d'une réflexion ou d'études insuffisantes, d'autres de l'ignorance excusable de certains faits. C'est ici qu'intervient une fois de plus la notion fuyante de l'état de la science et de la technique. L'ignorance peut être une faute si elle concerne des règles techniques et des lois scientifiques considérées comme acquises et comme devant être connues de quiconque travaille dans le domaine concerné. Il n'en reste pas moins que certaines lois scientifiques familières à des spécialistes, professeurs, etc., ne sont pas utilisées dans l'industrie parce qu'ignorées, considérées généralement comme trop difficiles ou coûteuses à observer ou superflues. On ne peut pas alors parler de faute professionnelle, toute la branche concernée de l'industrie s'en tenant à la même approximation. Il en est à plus forte raison de même quand l'ignorance d'une réalité scientifique est générale ou considérée comme telle : soit qu'on ignore les propriétés dangereuses de tel produit (on n'y a même pas songé), soit qu'on croit à sa sécurité parce que les recherches ou les tests accomplis ont amené à conclure ainsi, à tort, comme on le découvre par des recherches ultérieures. Restent les produits de consommation courante depuis des siècles ou des décennies dont on découvre les effets nocifs avec l'exemple du tabac ; on notera que dans ce dernier genre, ce n'est pas la connaissance d'un *produit nouveau* qui est insuffisante, mais la nouveauté réside dans la *découverte* des propriétés dangereuses. On ne dira pas que le produit *crée* une situation nouvelle de danger. Fallait-il se rendre compte plus tôt que le tabac mettait la vie en danger ? A ceux qui évoquent des avertissements anciens déjà, d'autres répondent qu'aujourd'hui encore la réalité du danger n'est pas établie. Et le tabac n'est pas seul à soulever ce genre de contro-

verse, bien au contraire. Il ne nous échappe pas que ces distinctions sont empiriques et accidentelles ; aussi ne les évoquons-nous que pour donner des exemples aussi variés que nous pouvons sans y chercher une rigueur logique qui ne s'y trouve point. Il nous suffira de souligner combien l'erreur technique ou scientifique peut varier dans son fondement, sinon dans ses effets, et se prête par conséquent mal à une définition univoque tandis que l'analyse de ses relations avec la notion de faute présente le même genre d'inconvénient.

Toutefois, à côté de l'erreur technique ou scientifique des techniciens et des savants, qu'ils soient « coupables » ou non de se tromper, d'autres accidents peuvent survenir dans le processus de production pour des raisons différentes de celles qu'on vient de mentionner.

La spécialisation et la division du travail.

Les diverses fonctions qu'impliquent la production industrielle des biens sont assumées par des individus ou des groupes d'individus de formation extrêmement variable et souvent sans rapport direct les uns avec les autres.

Dans la mesure où le processus productif dans son entier est trop complexe pour être dominé par un individu, ceux qui y participent et ceux qui le dirigent sont contraints de s'en remettre aux compétences d'autrui. Les différents spécialistes quant à eux ne sont pas au courant du processus d'ensemble, et tous les effets possibles de ce qu'ils font ne leur sont pas connus. Dans la collaboration entre spécialistes de disciplines différentes, les malentendus sont inévitables. Si le degré de certitude auquel les savants et les techniciens parviennent à un moment donné est par définition relatif, même dans leur domaine propre (qu'on songe aux querelles d'experts dans les litiges judiciaires ou arbitraux) la combinaison de ces connaissances imparfaites ne peut que multiplier les risques.

La division du travail a aussi pour conséquence que celui qui distribue le produit sans y rien comprendre ne sera pas à même de déceler à temps une détérioration. A mesure que le commerce de détail perd sa fonction spécifique, disparaît une chance, la dernière dans le processus de distribution, qu'une précaution adéquate soit prise avant que le produit défectueux ne parvienne à son usager. Les mêmes observations valent si une faute personnelle a été commise dans une phase ou une autre de la production, particulièrement là où le travail est divisé à l'extrême et où les individus ne participent qu'à une partie infime de la fabrication du produit fini.

La rentabilité est un facteur très important. Le risque des défauts de fabrication est bien connu des fabricants qui sont dans une large mesure *contraints* de les accepter parce que leur élimination, en principe possible, conduirait à des augmentations de prix insupportables économiquement. Le choix d'un procédé de fabrication mécanisé très économique peut se justifier pour l'entrepreneur, même s'il implique une certaine proportion de déchets dans la production. De même pour les contrôles : on pourrait songer à vérifier toutes les pièces maîtresses des engins mécaniques en les passant aux rayons X ; mais ce serait à coup sûr condamner celui qui aurait ces scrupules à la faillite. Bien que les mesures de sécurité ne soient pas techniquement impossibles, le comportement du fabricant n'en est pas pour autant fautif, ni même critiquable dans le cadre des idées communément reçues.

Il en est de même pour les tests et les vérifications auxquels on soumet les nouveautés. Le « progrès » repose dans ces matières sur l'expérience avant tout ; l'accumulation des informations est un gage de certitude plus grande. Les exigences de la concurrence, le culte de la nouveauté, la nécessité de réduire les coûts ne permettent pas d'étendre indéfiniment les périodes d'expériences et de tests. Comme on vient de le dire pour les défauts de fabrication, le fait de ne pas avoir pris une mesure de sécurité supplémentaire n'est pas forcément une faute du fabricant.

Il faut répéter cette évidence que l'évolution historique tend à ramener à rien le fait personnel quand il est intégré dans le processus complexe de l'industrie et du commerce de masse que nous connaissons.

III. — DÉFAUTS ET DOMMAGES DANS LA PERSPECTIVE DU LÉSÉ.

La perspective du lésé n'a été abordée qu'indirectement jusqu'ici, l'accent étant mis sur l'origine plutôt que sur la manifestation et les effets du défaut dans la sphère du consommateur.

Ce dernier est exposé à deux catégories d'inconvénients : le risque direct, que le produit défectueux lui fait courir dans sa personne, sa propriété et ses intérêts patrimoniaux ; le risque indirect que s'il a souffert un dommage à cause du produit, il ne trouve pas de responsable dans l'organisation complexe de l'industrie et du commerce moderne.

Il est surpris, sur les deux plans, parce qu'il n'a pas prévu ce qui lui arrive et qu'il a eu confiance dans le produit qui lui était offert.

L'imprévision.

C'est une évidence que l'usager et tout particulièrement l'acheteur ne s'attend pas à ce que le produit ne corresponde pas à ses espoirs, et cela même s'il devait raisonnablement avoir des doutes. Se pose alors la question de la légitimité de ces espoirs. Elle ne peut évidemment pas être résolue autrement que par une casuistique inépuisable, tant sont variables et nombreux les éléments décisifs : prix, intentions, besoins, crédulité de l'acheteur ou de l'usager, assurances de toutes sortes de la part du vendeur ou du fabricant, renommée de la marque... Mais la définition limitée que nous avons posée au départ de ce travail permet de restreindre le nombre des facteurs à considérer. On peut affirmer que *le public ne prévoit en général pas qu'il est exposé dans sa personne et ses biens à des dangers autres que ceux sur lesquels son attention a été attirée quand il acquiert ou utilise un produit*. L'éventualité générale et abstraite d'un défaut n'empêche pas qu'on puisse parler d'imprévision sinon rien ou presque ne serait imprévu. Il ne nous paraît pas nécessaire de distinguer selon que l'usager d'un atomiseur connaît son mécanisme ou qu'il en ignore absolument tout ; ce qu'il sait dans la première hypothèse ne permet pas de conclure qu'il a assumé volontairement et en connaissance de cause le risque d'une explosion et d'une lésion corporelle. Cela vaut pour toutes les situations où la *sécurité* est en cause. Quand il ne s'agit en revanche que du bon fonctionnement d'un produit, ou de son utilité, le degré d'imprévision sera certainement moindre. Les différences de prix, de qualité, de réputation, etc. sont en général comprises comme autant d'avertissements que le fonctionnement et l'utilité ne seront pas constants pour tous les produits d'un genre donné. Le professeur Diederichsen analyse ce que l'acheteur prend en considération quand il acquiert le produit, et ce qu'il exclut. L'achat repose en principe sur un contrat, sur l'échange de déclarations de volonté. En dehors de toute question de droit la volonté de l'acheteur ne saurait inclure la mise en danger de sa personne et de ses biens²⁹. En payant le prix de la chose, il est d'accord de couvrir les coûts de production et les bénéfices du fabricant et de ses intermédiaires, mais s'il doit en même temps supporter lui-même les risques d'un défaut et de ses conséquences, il aura payé un *prix plus élevé que celui qu'il veut réellement*. On peut en conclure que le risque n'est pas pris en compte, mais encore qu'il est *exclu, non seulement psychologiquement, mais de par la nature et le sens de l'opération*.

²⁹ Diederichsen, *Die Haftung...*, p. 296-7.

Si la victime est tout à fait étrangère à l'acquisition ou à l'usage du produit, la situation est différente puisqu'elle n'aura le plus souvent pas eu l'occasion d'entrer sciemment en relation avec le produit.

A côté de l'imprévision accompagnant la confiance telle que nous l'avons décrite ci-dessus, le public n'est en général pas préparé à supporter les risques financiers que les produits défectueux font naître. C'est une deuxième sorte d'imprévision dont il faut tenir compte pour élaborer une solution juridique du problème. Il est impossible à la plupart des particuliers de supporter le poids des dommages résultant pour eux de la production industrielle dans la mesure où ils doivent l'assumer seuls parce qu'ils ne sont pas assurés contre ce genre de risques. De son côté le fabricant est mieux à même de prévoir certains des risques inhérents à sa production ; il sait comment ses produits sont faits bien mieux que le public. Il est en général économiquement plus puissant que le consommateur ; il lui est possible de s'assurer contre les risques découlant de sa responsabilité dans une mesure souvent limitée il est vrai³⁰ : il peut reporter sur ses prix le coût des primes qu'il paye aux assureurs.

La confiance.

Les professeurs Diederichsen et Lorenz ont particulièrement souligné cet aspect important du problème de la responsabilité du fabricant³¹. On verra aussi dans le chapitre consacré aux États-Unis que cette notion caractérise tout un type des solutions discutées par les tribunaux et les ouvrages de doctrine américains.

La confiance en cause ici est celle, directe, de l'utilisateur et de l'acheteur principalement ; on se rappellera toutefois l'exemple du médecin qui fait usage du produit en l'administrant à un tiers, celui du cuisinier de restaurant et tous les cas où le produit n'est pas utilisé directement par celui qui en profite, et où la confiance décisive est celle d'un tiers, et non celle du lésé.

Il faudra une fois de plus énumérer diverses situations sans espérer atteindre une classification exhaustive et de valeur générale.

— La publicité cherche à susciter la confiance dans les produits qu'elle vante. Elle éveille la demande de ce produit en le présentant sous l'angle le plus favorable, généralement ou par des indications précises.

³⁰ Cie Suisse de Réassurances, Bulletin R.C. Produits, éd. spéciale, 2^e partie (1969).

³¹ Diederichsen, *Die Haftung...*, partic. 4. Teil ; Lorenz, *Warenabsatz und Vertrauensschutz*, in *Vers. Recht* 1963, p. 14 ss.

Ceci vaut surtout pour les produits dits de marque. Si la marque est implantée, si le nom du fabricant s'est acquis une réputation suffisante, ce n'est plus *un* produit mais probablement tous ceux qui portent ce nom ou cette marque qui bénéficient de la confiance que le public fait alors au fabricant à travers le produit. Ceci ne vaut évidemment que pour celui qui décide d'acheter ou d'utiliser le produit en se fiant à sa marque et sous l'influence de la confiance qu'elle suscite.

— Il arrive que la confiance du public se porte principalement sur le marchand qui la suscite par sa compétence ou de la publicité qui lui est propre. La multiplication des produits pré-emballés tend toutefois à rendre plus rare cette situation.

— Une partie du public peut être parfaitement indifférente à la publicité sous l'angle de la confiance. Il y a par ailleurs des produits qui ne sont pas caractérisés par une marque ou une publicité particulière.

Peut-on encore parler de confiance dans ce genre de situations ?

Derrière la diversité des exemples dont nous n'avons voulu donner qu'un aperçu, apparaît pourtant un élément constant. L'imprévision dans le public est inséparable d'un sentiment de confiance : cette confiance toutefois ne doit pas être prise dans un sens trop spécial. Elle correspond au sentiment général que si tel produit est mis à la disposition du public, c'est qu'il correspond à des normes de sécurité et de qualité assez strictes pour qu'on puisse l'utiliser en observant les indications du fabricant ou du marchand s'il y a lieu. Diederichsen a particulièrement développé en Allemagne cette idée capitale pour les juristes américains que la présence sur le marché, la mise à la disposition du public d'un produit, impliquait qu'il était raisonnablement adapté à son usage présumable. On se rend compte que la confiance ainsi comprise se retrouve à peu près partout, et quel que soit le produit ; les indications données sur le produit lui-même ou son emballage sont de même censées adéquates et suffisantes par définition. *La mise sur le marché est un acte concluant, une sorte de « garantie » globale, donnant de fait et sans autre condition à croire que le produit est sûr.* Spiro souscrit à cette façon de définir la confiance qui s'attache ainsi au produit pris comme tel ³².

Les *difficultés indirectes* se présentent dans des termes semblables. L'acheteur ou l'utilisateur ne songent en général pas aux complications qui pourraient résulter pour eux des formes prises par l'industrie et le commerce aujourd'hui. Ils ne se préoccupent pas de ce que les apparences

³² *Zur Haftung...*, p. 266.

peuvent cacher, notamment la multiplication des entités juridiques dont les raisons commerciales se ressemblent. Les distributeurs ne font en général rien pour mettre en évidence la situation véritable : la publicité, les formules des contrats, le vocabulaire utilisé ne permettent pas à l'acheteur ordinaire de s'y retrouver. L'exemple de la vente des voitures est particulièrement typique. Avec qui l'acheteur contracte-t-il vraiment ? L'importateur général, l'agent local, le sous-agent, le fabricant ? Comment distinguer la « garantie d'usine » de la garantie du vendeur ? Tous les produits vendus déjà emballés en usine et portant des « garanties » posent le même genre de problème. Le public s'en préoccupe d'ailleurs assez peu, parce qu'il ne se rend pas compte des difficultés qui pourraient en découler pour lui en cas de litige ou de contestation. Il lui est de même très difficile de savoir si les « garanties » de toutes sortes qu'il accepte représentent un avantage ou un inconvénient pour lui, si elles sont données par le constructeur ou le vendeur ou la société de distribution, etc. S'il a des plaintes à faire valoir, il se voit opposer des clauses qu'il n'a pas bien comprises et renvoyé à quelqu'un qu'il ne connaît pas, qui réside loin du lieu de l'achat, voire dans un autre pays.

VI. — VICTIMES ET DOMMAGES.

Les pages qui précèdent ont déjà esquissé les grands traits de ce dernier élément de notre problème, aussi l'évoquerons-nous brièvement ici, puisqu'il ne s'agit pas encore de savoir jusqu'où doit s'étendre la protection des victimes.

Les victimes.

Il va de soi que l'étendue du cercle des personnes menacées dépend de la nature de l'atteinte envisagée. Ainsi, comme on a eu l'occasion de la noter plus haut, la menace d'un dommage purement commercial ou économique vise une multitude de personnes souvent en rapport très lointain avec le produit responsable. Mais pour la santé, la vie et les biens, le risque d'atteinte pèse le plus souvent sur l'usager en premier lieu : cet usager n'est pas toujours l'acheteur. Tous les membres de la communauté domestique par exemple, peuvent une fois ou l'autre utiliser tel détergent qui brûle la peau ; de même pour une voiture, une machine à tondre le gazon, un insecticide ou une perceuse électrique, etc. Il est tout aussi évident qu'en dehors de la communauté domestique des tiers étrangers peuvent souffrir un dommage du fait du produit : la voiture dont les freins n'opèrent pas ou dont la direction se bloque abat un piéton ;

le chauffe-eau qui explose, envoie des éclats dans la rue ; la bouteille d'eau gazeuse éclate et blesse le client de la table voisine au restaurant ; un avion perd un réacteur qui détruit un immeuble en tombant, etc. Il serait vain de multiplier les exemples de ce qui est évident : suivant le genre du produit et du vice qui l'affecte, sont menacés tous ceux qui entrent avec lui en contact, directement ou indirectement, volontairement ou non selon les circonstances.

Les dommages.

On a relevé dans l'introduction du présent travail que notre ordre social postulait avant tout, dans le domaine qui nous préoccupe, l'interdiction de causer des dommages aux personnes et à la propriété. C'est pourquoi l'accent sera mis particulièrement sur eux. On ne saurait négliger complètement toutefois les dommages dits économiques car même si le problème ne peut pas être approfondi dans le cadre du présent travail, il doit être signalé ; on aura l'occasion de voir dans l'étude consacrée au droit des Etats-Unis qu'il n'est pas toujours considéré comme fondamentalement différent de celui posé par les deux premières catégories, et que, comme bien souvent, les limites sont parfois difficiles à tracer.

Les dommages causés aux personnes.

La notion paraît au départ très claire ; les cas devenus classiques des bouteilles qui explosent, des fourches de motocyclettes qui se rompent, des bières empoisonnées, des tissus synthétiques dont on fait des vêtements inflammables, etc. montrent à quel dommage corporel le défaut d'un produit peut conduire. Le lien entre le défaut et le dommage est étroit, et la relation de cause à effet *directe*. Ce genre de dommage n'est toutefois pas toujours lié à ce qu'on pourrait appeler un « accident ». Qu'on songe à tous les cas où l'atteinte se développe graduellement, où il faut souvent des mois de recherches et de soins coûteux pour en découvrir la cause.

En pharmacie, le dommage peut aussi résulter du fait qu'un état de santé déficient n'est pas amélioré ou même qu'il s'aggrave parce que le produit utilisé est sans effet.

Les dommages à la propriété.

Cette catégorie se révèle moins facile à décrire que la précédente dès qu'on sort des situations types dans lesquelles on inclura la destruction ou la détérioration d'un objet *autre* que celui qui cause le dommage : la

friteuse défectueuse met le feu à l'immeuble³³ ; tel produit à soigner le cuir le dessèche ; de l'herbicide « sélectif » fait périr toutes les cultures, etc.

Parfois le produit défectueux lui-même est anéanti ou détérioré : la voiture parquée sur une pente dont les freins lâchent s'abîme contre un arbre ; l'appareil électrique mal monté prend feu, etc.

La jurisprudence américaine donne l'exemple d'un dommage qui n'est pas facile à qualifier : un fabricant de vêtements utilise des tissus imprégnés d'un produit contre le rétrécissement ; l'inefficacité du produit qu'on ne découvre qu'une fois les vêtements mis en vente, entraîne une perte considérable pour le fabricant de ces derniers ; peut-on encore parler de dommage à la propriété (les habits devenus inutilisables et le tissu perdu) ou faut-il n'y voir qu'une perte commerciale ?³⁴ Quand le dommage ne consiste que dans les frais de réparation, il n'y a plus d'atteinte directe à la propriété tandis que le dommage causé par les biens de production à la matière travaillée est de nature hybride.

Il reste à mentionner le *dommage purement économique* causé par un produit défectueux. Les pertes commerciales du revendeur sont particulièrement typiques, de même celles du fabricant empêché de produire par les défauts des machines qu'il utilise dans ses ateliers. On peut aussi inclure dans ce type de dommage la réparation que doit le détenteur ou le propriétaire, en vertu d'une responsabilité causale, à un tiers que le produit défectueux a lésé. Dans la situation courante, le préjudice économique vient de la moindre utilité ou de la moins value du produit défectueux.

Il va sans dire que ces différents dommages peuvent survenir ensemble dans une espèce et que très souvent l'atteinte à la santé ou à la propriété entraîne un préjudice économique (perte de gain, immobilisation d'un bien indispensable à l'exercice d'une profession, etc.).

*
**

Pour conclure les observations qui précèdent, nous soulignerons particulièrement que les produits défectueux mis directement ou indirectement à la disposition du public sont la source de dangers non seulement pour les acheteurs ou consommateurs, mais aussi pour les tiers, suivant les circonstances.

L'effet des défauts se manifeste de façon identique quand bien même leur origine varie quant au stade de la production ou de la distribution

³³ Breu c. Hoirs Oberländer, cf. note 1 ci-dessus.

³⁴ Randy Knitwear v American Cyanamid Co, 181 NE 2 d 399 (1962).

où ils prennent naissance et aux personnes et aux circonstances auxquels ils sont imputables.

Le cadre général du problème est profondément affecté par la décomposition des opérations de production, de conditionnement ou de finition, par la multiplication des intermédiaires commerciaux.

Les schémas classiques, notamment le contrat, ne paraissent plus aptes à organiser des rapports où l'échange de déclarations de volonté s'opère entre des sujets qui ne sont pas les protagonistes véritables des activités concernées. L'intervention directe et toujours plus massive du producteur dans la sphère auparavant réservée au commerce et sa prépondérance croissante n'entrent plus dans les schémas classiques de nos institutions.

L'avènement d'une ère où la technique envahit tous les domaines avec ses corollaires de spécialisation et d'organisation relègue à l'arrière-plan le comportement personnel comme source essentielle des dommages dans la société, tandis que l'individu menacé a toujours moins d'éléments pour juger, critiquer et se protéger contre les risques que cette évolution lui fait courir.

La deuxième partie de ce travail donnera un exemple des moyens mis en œuvre par le droit pour tenir compte de cette situation nouvelle.

DEUXIÈME PARTIE

LES SOLUTIONS
ÉLABORÉES AUX ÉTATS-UNIS

GÉNÉRALITÉS

Il n'est pas facile de décrire brièvement et complètement les solutions élaborées par la doctrine et les droits américains dans un domaine qui n'est pas encore stabilisé. Sans parler de la complexité de la question en soi, le système américain n'offre pas *une* solution puisque la responsabilité du fabricant relève essentiellement de la législation de chacun des Etats de l'Union. Encore faut-il ajouter que le terme de législation doit être compris très largement dans la mesure où le droit judiciaire est la source prépondérante de normes. Il est vrai que des codifications privées destinées à tous les Etats ont été élaborées³⁵ et certaines adoptées, mais leur introduction a été accompagnée d'amendements ici et là et elles sont loin de régir spécifiquement l'ensemble de la question. Aussi le lecteur comprendra-t-il que cette partie de la présente étude ne rende pas un compte exhaustif du droit positif des Etats-Unis en matière de « products liability », mais qu'elle se concentre plus particulièrement sur les notions-clés telles qu'elles apparaissent dans les juridictions considérées comme les plus importantes. Cela correspond au but assigné à ce travail qui ne vise pas tant à l'information sur les systèmes étudiés qu'à la mise en évidence des éléments apparaissant déterminants pour une réflexion centrée sur la solution souhaitable « de lege ferenda » en droit suisse.

La « products liability » est gouvernée par deux types de normes qu'on peut assimiler à nos règles contractuelles et délictuelles (cette dernière catégorie au sens le plus large, soit la responsabilité sans faute incluse). On verra toutefois que la frontière est loin d'être bien établie, et que certains auteurs ont discerné une troisième source de responsabilité des fabricants, autonome, qui dépasse les deux catégories fondamentales³⁶.

³⁵ *Uniform Sales Act* de 1906, adopté dans la majorité des Etats avant l'UCC ; *Uniform Commercial Code*, adopté, avec certaines modifications, dans tous les Etats en 1970, la Louisiane exceptée ; *Restatement of the Torts 2d*, rédigé sous l'égide de l'American Law Institute ; en cours d'élaboration.

³⁶ Jaeger, *The Constructive Warranty*, 39 Notre-Dame Laywer (1964), p. 501 ss.

Il faut avoir à l'esprit qu'en matière de responsabilité pour le fait (négligent, en matière extra-contractuelle) *des employés* il n'existe pas de preuve libératoire dans notre domaine : l'employeur en répond sans rémission³⁷. Cela vaut aussi, « a fortiori », en matière de contrats.

Dans le *contrat de vente*, la *faute* n'est pas la condition de la réparation du dommage causé au créancier par une exécution défectueuse. Les variations dans l'étendue des dommages-intérêts reposent sur les bases différentes qu'on verra ci-dessous³⁸.

Sur le plan de l'*application* du droit, on ne doit pas sous-estimer l'importance des *jury*s dans les tribunaux civils : leur présence permet en effet de tenir compte de l'opinion publique : les jurés raisonnent très souvent selon des schémas de bon sens et d'équité, et des notions comme le cours ordinaire des choses, l'homme raisonnable, etc. leur sont très proches. Dans les litiges mettant en cause la « négligence », leur rôle est particulièrement significatif du fait des présomptions qu'il leur est loisible de poser. Ainsi, quand la cause exacte de telles propriétés nuisibles d'un produit ne peut pas être établie avec certitude, ils peuvent décider que leur présence ne saurait s'expliquer sans une négligence dans l'entreprise défenderesse ; comme l'employeur répond absolument de la négligence de ses employés, la tâche du demandeur en est singulièrement facilitée. Les jurés sont bien disposés de par leur situation sociale envers les victimes des produits ; ils ont tendance à protéger la partie économiquement la plus faible et reflètent assez fidèlement le sentiment toujours plus répandu qu'un dommage doit être réparé par celui qui l'a causé.

L'intérêt des arrêts américains réside avant tout dans ce qu'on pourrait appeler l'*exposé des motifs* qui accompagne souvent la décision ; c'est bien « exposé des motifs » qu'il faut dire, au sens où nous l'entendons en pays de droit civil, soit comme commentaire du législateur, puisque les tribunaux « font » le droit : bien que la maxime « *stare decisis* » ait perdu en fait, sinon formellement, beaucoup de son influence dans le domaine qui nous occupe, toute évolution doit cependant être étayée par des motifs solides qui présentent le plus grand intérêt pour l'observateur.

On peut caractériser d'une façon toute générale le développement de la « products liability » jusqu'à ce jour de la façon suivante : à partir des actions délictuelles fondées sur une faute du défendeur, on passe à une faute purement objective, puis à une faute présumée pour se passer

³⁷ Prosser, *Torts*, p. 470 et ss.

³⁸ Amaudruz, *La garantie...*, p. 137 ss. ; FR-FR § 16.01 (1), p. 3-4 ; voir plus loin, p. 51 ss.

tout à fait de la notion et arriver en définitive à une responsabilité causale ; à partir de la responsabilité contractuelle (indépendante d'une faute, rappelons-le) on élargit le cercle des bénéficiaires en éliminant graduellement le principe de la relativité des conventions (privity of contract).

La convergence de ces deux développements aboutira à la responsabilité indépendante d'une faute en faveur d'un cercle indéterminé de lésés en puissance. Les solutions américaines, même si leur stabilité est encore précaire, présentent une grande variété de motifs et tiennent compte de l'ensemble des faits essentiels du problème. Cette double approche que nous venons de mentionner correspond aux deux tendances fondamentales que nous distinguons dans la doctrine européenne continentale, soit celle de la confiance et de l'extension du champ contractuel d'une part, celle d'une responsabilité à caractère délictuel (au sens large) où le rôle de la faute s'efface d'autre part. Prosser explique d'une façon plus concise encore que le développement de la responsabilité de ceux qui fournissent des objets mobiliers (suppliers of chattels) tourne autour de deux distinctions :

a) le bénéficiaire de la responsabilité achète directement le bien ou il est un tiers à la vente ;

b) la responsabilité dépend ou non d'une faute, cette seconde hypothèse étant associée à la notion de « warranty » ³⁹.

Les pages qui suivent, après l'inventaire des institutions rattachées au contrat et celui des notions délictuelles au sens large, décriront l'extension de ces deux grandes catégories et leur évolution convergente sous la pression des nécessités sociales communes telles que les juristes les ont prises en considération.

³⁹ Prosser, *Torts*, p. 648.

CHAPITRE PREMIER

L'APPROCHE CONTRACTUELLE ET LA WARRANTY

Les débuts du processus qui devait aboutir à l'actuelle « products liability » sont dominés par le recours aux notions contractuelles. Il y a à cela une raison de fait : le commerce et la production n'étaient pas aussi nettement distincts il y a un siècle qu'aujourd'hui. Le consommateur et le fabricant n'étaient pas aussi éloignés fonctionnellement et juridiquement l'un de l'autre. Le lien entre fabricant et consommateur était direct dans la mesure où le développement de l'économie industrielle n'avait pas encore imposé l'intervention d'intermédiaires variés entre une production concentrée et un public dispersé. La relation personnelle « par-dessus le comptoir » (over the counter) dominait et les règles sur la responsabilité du vendeur la couvrait de façon satisfaisante, puisqu'un contrat lui correspondait en droit⁴⁰. Et même quand vendeur et fabricant étaient des personnes distinctes, les produits n'avaient pas atteint le degré de complication qui les caractérise aujourd'hui ; aussi bien leur composition et leur fabrication que leur utilisation étaient relativement simples, permettant un contrôle assez facile par le vendeur et l'acheteur.

Une autre raison, juridique celle-ci, doit être mise en évidence : le concours des actions contractuelles et délictuelles n'était en principe pas admis, même si c'étaient des demandeurs *différents* qui invoquaient l'un la violation du contrat, l'autre un acte illicite (tort). On avait tiré de l'arrêt anglais *Winterbottom v Wright*⁴¹ la règle que si un lésé avait à sa disposition une action contractuelle, l'action délictuelle était exclue même pour un tiers lésé, l'obligation née du contrat absorbant *tous* les devoirs du débiteur. Cette règle n'a été abandonnée aux Etats-Unis qu'en

⁴⁰ FR-FR § 1603 (2), p. 9-39 ; *Freeman v Navarre*, 289 P 2d, 1015, 1018 (1955).

⁴¹ 152 English Reports 402 (1842).

1916 dans l'arrêt *Mac Pherson v Buick*⁴² et en Grande-Bretagne en 1932⁴³.

Ainsi, malgré quelques exceptions, les principes essentiels de la responsabilité du fait des produits à ses débuts sont-ils à rechercher dans la réglementation des contrats ; il est vrai que depuis 1916 l'importance de la solution délictuelle au sens large ne fait que croître et que les points de vue se sont rapprochés au point qu'il est difficile aujourd'hui d'y voir clair.

Tout au long de ce chapitre c'est comme *vendeur* que le fabricant est le sujet de la responsabilité du fait des produits ; c'est pour cela que la « warranty » doit être examinée⁴⁴. Comme la responsabilité ne dépend pas d'une faute, le défaut du produit peut aussi être la source d'obligations à la charge du revendeur non fabricant.

On retiendra enfin, au niveau des généralités, qu'avant d'avoir été construite comme un « term of the contract of sale » la « warranty » était, jusqu'en 1778, une institution du droit des délits (torts). C'était une obligation imposée au vendeur par le droit. Elle ne résultait pas d'une promesse ni d'un engagement particulier. Telle conséquence était attachée par la loi au comportement du vendeur sans référence à sa volonté ni à son accord. C'était la source de devoirs positifs découlant de la loi et attachés par elle à une activité par ailleurs licite.

On verra plus loin combien cette origine est importante pour comprendre comment la « warranty » a pu à nouveau s'étendre et profiter à ceux qui ne sont point partie au contrat avec le responsable. Cette ambiguïté de la notion la fait considérer par Prosser⁴⁵ comme « a curious hybrid born of the illicit intercourse of torts and contract ».

Il nous faut néanmoins choisir, ces avertissements étant donnés, un point de référence pour décrire et voir évoluer la « warranty ». La première moitié de ce siècle a connu de cette institution une notion assez stable pour être considérée comme classique dans un cadre essentiellement contractuel jusqu'à son éclatement tout récent. Aussi est-ce à ce stade de son évolution que nous en aborderons l'étude.

⁴² 111 NE 1050 (1916).

⁴³ *Donoghue v Stevenson* (1932) A.C. 562.

⁴⁴ Voir plus loin, p. 67 ss.

⁴⁵ Prosser, *Torts*, p. 651.

I. — LA NOTION DE « WARRANTY » ET SES DIFFÉRENTS TYPES.

On donnera, avec Pelster⁴⁶, la définition globale suivante : « a statement or representation made by the seller of goods contemporaneously with, and as part of, the contract of sale, although collateral to the express object of it, having reference to the character, quality or title of the goods, and by which he promises or undertakes to insure that certain facts are or shall be as he represents them »⁴⁷, ou avec Williston⁴⁸ qui se fonde sur le Uniform Sales Act (USA) : « a material promise, or a material affirmation from which a contractual or quasi-contractual obligation may be implied. It makes no difference under the Sales Act whether this promise is or is not collateral and, as provided in a later portion of the Sales Act, a breach of warranty in a contract to sell or sale is followed by the same consequences as the breach of a material promise in other contracts. » Ou encore : « a warranty is essentially a representation either express or implied regarding the quality of or title to, particular merchandise. It becomes a part of a sales agreement either because the parties to the transaction choose to incorporate it or because the law automatically reads it into their contracts. »^{49 50}

Prosser⁵¹ distingue trois fondements théoriques des « warranties » :

— délictuel ou quasi-délictuel quand le vendeur suscite dolosivement négligemment ou innocemment une représentation inexacte chez l'acheteur ;

— contractuel quand les parties en ont fait expressément ou tacitement une clause du contrat ;

— légal quand la « warranty » résulte purement de la loi, indépendamment de la volonté des parties, pour des motifs d'intérêt public (public policy).

⁴⁶ 64 Michigan L.R. (1966), p. 1430 ss., 1431.

⁴⁷ Voir aussi Jaeger, 39 Notre-Dame Lawyer (1964), p. 506.

⁴⁸ *On Sales*, vol. I, sec. 181.

⁴⁹ 64 Michigan L.R. (1966), p. 1442 N 66 : *Dunn v Texas Coca-Cola Bottling* 84 SW 2d 545, 549 (1935).

⁵⁰ La définition du droit anglais ne diffère guère, mais le caractère collatéral est plus accusé ; voir Vold, *On Sales* (1959), p. 424 ss.

⁵¹ Prosser, *The warranty of merchantable quality*, 27 Minnesota L.R. (1943), p. 117 ss., 122-124.

Les tribunaux recourent à l'une ou à l'autre de ces constructions selon les circonstances, d'où la difficulté que rencontrent les auteurs à qualifier la notion.

Les définitions qui vont suivre des différentes espèces de « warranties » sont tirées des deux textes uniformes principaux : l'*Uniform Sales Act* de 1906 et l'*Uniform Commercial Code* (UCC) dans sa version de 1967.

A. *Express Warranty.*

Le paragraphe 12 de l'USA la définit : « any affirmation of fact or any promise by the seller relating to the goods if the natural tendency of such affirmation or promise is to induce the buyer to purchase the goods and the buyer purchases the goods relying thereon. No affirmation of the nature of the goods nor any statement purporting to be a statement of the seller's opinion only, shall be construed as a warranty. » L'UCC section 2-313 (1) (a) ne dit rien de bien différent⁵². Jaeger⁵³ précise : « a warranty is express when the seller makes an affirmation with respect to the article to be sold, pending the treaty of sale, on which it is intended that the buyer shall rely in making the purchase ; and there is authority for the proposition that any warranty derived from express language should be considered an express warranty... Stated otherwise an express warranty is one imposed by the parties to the contract... » Williston⁵⁴ considère comme « express warranty » toute affirmation expresse, peu importe qu'il s'agisse d'une promesse ou d'une représentation. Il souligne qu'il n'est pas nécessaire de tenir compte de l'intention du vendeur : c'est la conséquence naturelle de ce qu'il dit (soit la décision d'acheter et la confiance — reliance) qui seule importe. L'UCC ne modifie l'USA que sur un point : les chiffres (1) (b) et (1) (c) du § 2-313 font passer dans l'« express warranty » deux catégories qui jusque là étaient considérées comme « implied » : soit dans la vente par description (sale by description) que l'objet vendu correspondra à la description, et dans la vente par échantillon (sale by sample or model) que l'objet vendu correspondra à l'échantillon. L'« express warranty » repose ainsi sur trois éléments : a) elle provoque chez l'auteur une « representation », b) de nature à influencer sa décision d'achat et c) à

⁵² « ...any affirmation of fact or promise made by the seller to the buyer which relates to the goods and becomes part of the basis of the bargain creates an express warranty that the goods shall conform to the affirmation or promise. »

⁵³ Jaeger, 39 Notre-Dame Lawyer (1964), p. 506.

⁵⁴ *On Sales*, § 194.

laquelle il s'est fié ; ils sont inclus dans la « basis of the bargain » de 2-313 (1) (a) UCC⁵⁵.

Cette réglementation correspond à l'idée que l'acheteur est un laïc en face d'un vendeur connaissant mieux de par sa profession même les marchandises qu'il met à la disposition du public ; la confiance (reliance) de l'acheteur est ainsi légitime en principe et dans cette mesure digne de protection.

Les appréciations toutes générales du vendeur sur les avantages ou la valeur de tel produit ne créent pas d'obligation, pas plus que l'expression de son opinion.

La représentation qui fonde une « express warranty » peut naître avant les négociations précédant directement la conclusion du contrat : ainsi a-t-il été jugé que la littérature publicitaire contenant des affirmations suffisamment précises sur telles propriétés ou qualités d'un produit engagent la responsabilité du vendeur si elles se révèlent inexactes et qu'un dommage en découle. On admet aussi dans cette perspective que les représentations venant du fabricant sont opposables au vendeur s'il apparaît qu'il les reprend à son compte⁵⁶.

L'extension de la « warranty » au-delà des parties au contrat de vente sera traitée plus bas.

B. *Implied warranty.*

Il s'agit ici, dans le cadre tracé par les définitions générales, d'obligations du vendeur qui ont leur source non plus dans une affirmation, une représentation ou une promesse, mais qui résultent de la loi : « a warranty is implied when the law derives it by implication or inference from the nature of the transaction or the relative situation or circumstances of the parties »⁵⁷. Les « implied warranties of quality » remontent au « Common Law » d'avant les codifications anglaises et américaines qui les ont consacrées avec quelques distinctions techniques qui dépassent notre présent propos.

On peut les considérer comme des clauses tacites ou comme purement légales. Elles ont pour caractéristiques communes de refléter les attentes raisonnables des parties à la vente et dans cette mesure on peut les qualifier d'« implied in fact »⁵⁸. Puisque par ailleurs la loi les établit sur

⁵⁵ Voir aussi : FR-FR § 19.04 (1).

⁵⁶ FR-FR § 19.04 (6), p. 535. 7 ; 64 Michigan L.R. (1966), p. 1435.

⁵⁷ Jaeger, 39 Notre-Dame Lawyer, p. 506 ss.

⁵⁸ 66 Columbia L.R. (1966), p. 917 ss., 923.

cette base de fait, indépendamment d'une intention contractuelle et d'un agrément des parties, elles sont bien « implied in law »⁵⁹.

Nous avons mentionné que l'UCC a fait passer dans les « express warranties » celles des « sales by sample » et « by description » que l'USA aux §§ 14 et 16 considérait comme « implied », consacrant la tendance d'une partie de la jurisprudence et de la doctrine ; comme nous ne désirons pas étendre l'étude de ces questions au-delà de ce qui est nécessaire au développement du sujet de ce travail, nous ne parlerons que des deux sortes d'« implied warranties » qui méritent encore cette qualification.

1. *Implied warranty of merchantability.*

On aborde ici l'étude d'une notion complexe, très discutée en doctrine, qui représente un des éléments essentiels de la responsabilité du vendeur et du fabricant dans la perspective contractuelle ou paracontractuelle.

La section 15 (2) USA veut que : « where the goods are bought by description from a seller who deals in goods of that description (whether he be the grower or manufacturer or not) there is an implied warranty that the goods shall be of merchantable quality ». On peut admettre que cette définition correspondait en 1906 à la pratique de toutes les juridictions, à l'exception de celles peu nombreuses qui distinguaient entre les simples vendeurs et les vendeurs fabricants et n'admettaient d'« implied warranty of merchantability » que de la part des seconds⁶⁰. Pour être « merchantable » un produit doit être « fit for the general purpose for which it was manufactured and sold »⁶¹. Quelques cours ont réduit leurs exigences jusqu'à admettre qu'un produit est « merchantable » tant qu'il n'est pas invendable (unsalable). Amaudruz assimile la « merchantability » d'un bien à la qualité loyale et marchande^{62 63}.

Le cadre de cette « warranty » est limité en principe aux ventes par description. La jurisprudence a cependant élargi son champ d'application. Williston indique⁶⁴ que pour des objets individualisés, soit ceux qui ne

⁵⁹ Pour ces problèmes délicats voir aussi : Kessler, 74 Yale L.J. (1964), p. 268 ; Westphalen, *Die Haftung...*, p. 69 ss.

⁶⁰ 64 Michigan L.R. (1966), p. 1436 N 28.

⁶¹ Williston, *On Sales*, § 232 ; id., *On Contracts*, § 992 ; FR-FR § 16.01 (1), p. 3-11 ; §§ 19.01 (3), 19.03 (2).

Entre autres arrêts : Henningsen v Bloomfield and Chrysler, 161 A 2d 69, 76 (1960) ; Vincent v Nicholas Tsiknas Co, 151 NE 2d 263, 265 (1958) ; Moore v Hubbard 308 P 2d 794, 797 (1957).

⁶² *La garantie...*, p. 56.

⁶³ Voir aussi Westphalen, *Die Haftung*, p. 69 ss.

⁶⁴ *On Sales*, §§ 230, 231.

sont pas désignés par une description, mais présents au moment de la conclusion du contrat, il existe une « implied warranty of merchantability » bien qu'une des conditions de la section 15 (2) USA ne soit pas remplie. Le motif de cette extension de la responsabilité du vendeur est qu'en offrant ses articles il représente que leur qualité est marchande dans le genre en cause, ou encore qu'ils conviennent à tel usage défini et que l'acheteur fait confiance au vendeur pour cette représentation implicite. Il n'en reste pas moins que le bénéfice de cette forme de « warranty » qui excède ce que prévoit l'USA suppose que l'acheteur était fondé à admettre que le produit était « merchantable », bien qu'une confiance (reliance) spéciale dans les compétences particulières du vendeur ne soit pas nécessaire ⁶⁵.

L'exigence d'un « sale by description » a été généralement abandonnée ; ainsi quand une voiture est désignée par l'acheteur d'après sa marque (under its patent or trade name), le vendeur n'en répond pas moins de sa « merchantable quality » ⁶⁶.

Les rédacteurs de l'UCC ont consacré l'élargissement de la notion. Voici leur texte (section 2-314) :

1. « Unless excluded or modified (section 2-316), a warranty that the goods shall be merchantable is implied in a contract for their sale if the seller is a merchant with respect to goods of that kind. Under this section the serving for value of food and drink to be consumed either on the premises or elsewhere is a sale. »
2. Goods to be merchantable must be at least such as
 - a) pass without objection in the trade under the contract description ; and
 - b) in the case of fungible goods, are of fair average quality within the description ; and
 - c) are fit for the ordinary purposes for which such goods are used ; and
 - d) run, within the variations permitted by the agreement, of even kind, quality and quantity within each unit and among all units involved ; and
 - e) are adequately contained, packaged and labeled as the agreement may require ; and
 - f) conform to the promises of affirmations of fact made on the container or label if any...

⁶⁵ FR-FR § 19.03 (3), p. 511 ; 16.04 (2) (d) ; Prosser, *Torts*, p. 653-654.

⁶⁶ Henningsen v Bloomfield (cf. note 61 ci-dessus), p. 76 avec des références.

Le texte détaillé de cette section doit être considéré comme une norme de base pour le développement futur du droit jurisprudentiel. Il ne limite pas ses effets à telle ou telle forme de vente et consacre ainsi législativement l'abandon par une grande partie des tribunaux de la restriction de l'USA à sa section 15-2⁶⁷. Il faut retenir que l'énumération des conditions de la « merchantability » n'est pas exhaustive comme cela ressort du texte même du second paragraphe (« must...at least »). Il est toutefois utile de voir clairement circonscrits les éléments de cette notion. Le sujet passif de l'obligation est un vendeur professionnel d'objets du genre concerné. Cette définition n'élargit ni ne restreint notablement celle de l'USA. L'idée principale reste que le « merchant » (fabricant ou non) peut être considéré comme ayant certaines compétences et qu'il connaît mieux que le public les biens qu'il vend. On retrouve confirmée l'idée que l'acheteur doit pouvoir s'en remettre d'une certaine façon au vendeur ; une confiance (reliance) tout à fait générale suffit et l'affirmation de Prosser⁶⁸ que « sufficient reliance is found upon the seller's undertaking to deliver merchantable goods, according to the description, which will be reasonably fit for the general purpose for which such goods are to be used », reste pleinement valable, l'exigence de la description étant supprimée.

2. Implied warranty of fitness for a particular purpose.

Un contrat de vente peut donner lieu à un second type d'« implied warranty ». L'USA § 15 (1) et (4) la définit ainsi : « where the buyer expressly or by implication makes known to the seller the particular purpose for which the goods are required, and it appears that the buyer relies on the seller's skill or judgment (whether he be the grower, or manufacturer or not), there is an implied warranty that the goods shall be reasonably fit for such purpose... In the case of a contract to sell or sale of a specified article under its patent or other trade name, there is no implied warranty as to its fitness for any particular purpose ». L'UCC section 2-315, prévoit : « where the seller at the time of contracting has reasons to know any particular purpose for which the goods are required and that the buyer is relying on the seller's skill or judgment to select or furnish suitable goods, there is, unless excluded or modified under the next section, an implied warranty that the goods shall be fit for such purpose. »

⁶⁷ Voir ci-dessous, p. 50.

⁶⁸ Voir ci-dessus note 65.

La seule différence fondamentale des deux textes uniformes est la disparition dans le second de la restriction du « patent or other trade name »⁶⁹. On abandonne ainsi la présomption que si l'acheteur désigne un objet par sa marque, il le connaît suffisamment pour ne pas se reposer sur les compétences du marchand ; pour le surplus l'idée fondamentale est la même dans les deux textes, bien que les termes du second paraissent plus favorables à l'acheteur : ils consacrent simplement l'interprétation souple que les tribunaux avaient donnée au § 15 (1) et (4) USA pour venir en aide à l'acheteur.

Cette « warranty » repose sur l'idée que si les intentions de l'acheteur lui sont connues, le vendeur en concluant le marché, atteste l'aptitude de l'objet à satisfaire l'exigence de son contractant. Les motifs de cette réglementation sont la compétence présumée du commerçant et la loyauté qu'on peut attendre de lui. Dans les deux textes la « reliance » de l'acheteur est une condition essentielle de la naissance de la « warranty ». Il s'agit ici d'une confiance *définie*, différente en cela de celle toute générale qui suffit en matière de « merchantability ». Toutefois les cas ne sont pas rares où les tribunaux ont atténué cette distinction afin de fonder la demande. Ainsi a-t-on pu dire que ce que sait le vendeur dépend non seulement de ce que l'autre partie lui a fait connaître, mais aussi du caractère même de l'objet vendu : on a fait coïncider le « particular purpose » avec l'« ordinary use » ; si on ne veut pas s'arrêter aux nuances ni aux détails, on parvient à admettre que la nourriture par exemple est toujours faite pour être mangée : « the particular purpose » dans cet exemple est alors considéré comme évident et il correspond à l'« ordinary use »⁷⁰. Les deux sortes d'« implied warranties » peuvent naître concurremment dans tous les cas où l'objet ne peut avoir qu'un seul usage⁷¹. Dans les juridictions appliquant la lettre de l'USA, les tribunaux, pour surmonter l'absence d'un « sale by description » comme condition d'une « warranty of merchantability », ont admis que la rupture d'un escabeau violait une « implied warranty for a particular purpose » car le vendeur ne pouvait ignorer que son client acquerrait l'objet pour y monter⁷².

Les rédacteurs de l'UCC ont mis fin à la nécessité de telles constructions en abandonnant l'exigence d'un « sale by description » pour la « warranty of merchantability ».

⁶⁹ FR-FR § 19.03 (3), p. 515 ; 64 Michigan L.R. (1966), p. 1439-1440.

⁷⁰ FR-FR § 19.03 (4), p. 522-523.

⁷¹ 64 Michigan L.R., p. 1440.

⁷² *Id.*, p. 1441 ; Kirk v Steinway Drugstore Co, 187 NE 2d 307, 310 (1963).

C. *Les sanctions d'un « breach of warranty ».*

Quand elle est violée, la « warranty » offre plusieurs moyens, selon les circonstances, à l'acheteur lésé. Comme les garanties du droit civil, la « warranty » doit assurer l'exécution des obligations du vendeur et l'équilibre des prestations. Les actions en exécution et la faculté de résoudre (rescission) le contrat correspondent à cet aspect avant tout commercial des rapports nés de la vente. Mais la responsabilité du fait des produits nous intéresse surtout quand les dommages frappent l'acheteur dans ses biens matériels, sa santé ou sa vie. Aussi ne présentons-nous ici que les moyens d'obtenir la réparation de ces dernières atteintes, soit les actions en dommages-intérêts ⁷³.

Le lésé peut réclamer en principe tout le dommage : cela couvre aussi bien les dommages résultant d'une atteinte à la santé, aux biens corporels, qu'une perte purement économique ou commerciale. Le principe de la compensation intégrale est reconnu : « The injured person is entitled to be placed, so far as this can be done by money, in the same position he would have occupied if the contract had been performed » ⁷⁴.

La réparation inclut « such consequences as would follow such a breach in the usual course of events », et plus précisément les « proximate and natural consequences ». Les deux conditions sont cumulatives : pour l'objet d'un contrat que le créancier destinait à une opération très particulière dans son for intérieur, le dommage, en cas d'inexécution, pourra être une « proximate » mais pas une « usual and natural consequence » ⁷⁵. Ainsi apparaît une différence (au moins théorique) avec la responsabilité en « torts » où tout le dommage « proximate » est couvert ; dans les contrats le dommage doit avoir été « reasonably foreseeable » au moment de la conclusion du contrat. Mais la différence est bien tenue quand on sait que pour juger de la causalité on recourt très souvent au critère de la prévisibilité ⁷⁶. La pratique distingue différents niveaux de dommages pour fixer l'étendue de la réparation. La distinction entre « general » et special damages » qui relève surtout de la procédure recouvre celle que nous évoquons maintenant sous « incidental » (ou « direct ») et « consequential damages » ⁷⁷.

⁷³ Cf. Amaudruz, *La garantie...*, p. 159.

⁷⁴ Williston, *On Contracts*, vol. 11, § 344, p. 226.

⁷⁵ *Id.*, p. 227.

⁷⁶ Cf. FR-FR §§ 19.01 (5), 16.01 (2), 11. 02, p. 210.7 ; Amaudruz, *La garantie...*, p. 135-144.

⁷⁷ Williston, *On Contracts*, § 1344 a, p. 230.

La réparation est fonction de tout ce que le vendeur devait raisonnablement connaître et prévoir (au moment de la conclusion) pour toute partie du dommage qui ne découle pas naturellement de la violation du contrat. Les dommages directs (« incidental ») sont définis par l'UCC qui reprend la règle établie par le Common Law (§ 2-715) comme les dépenses encourues pour la réception et l'inspection, le transport et la garde de l'objet vendu, et les frais commerciaux raisonnables exposés par l'acheteur pour se couvrir ailleurs, et en général toutes les dépenses qu'il a raisonnablement encourues à cause du « breach »⁷⁸. Ils sont dus comme résultat usuel et général d'une violation contractuelle.

Aux « consequential damages » correspondent toutes les pertes en rapport avec des besoins de l'acheteur que le vendeur devait connaître et tous les dommages à la personne et aux biens découlant « proximately » du « breach of warranty ». Ainsi en matière de vente à un revendeur, un « consequential damage » courant est la perte du bénéfice de la revente : si le vendeur savait que l'acheteur voulait revendre les biens, sans plus, il ne sera tenu de prendre à sa charge que la partie du « consequential damage » qui correspond à un prix de vente usuel et au bénéfice qu'un revendeur ordinaire pouvait raisonnablement escompter, quand bien même il serait prouvé que le bénéfice devait être bien supérieur⁷⁹. Les tribunaux tendent toutefois à juger de ce que le vendeur pouvait et devait prévoir selon le critère objectif de l'homme raisonnable et diligent⁸⁰.

Pour le dommage à la personne et à la propriété (damage to person and property) les principes sont les mêmes ; leur calcul sera pratiquement identique qu'on soit en « warranty » ou en responsabilité délictuelle (torts) car ils se manifestent de la même façon, de par leur nature. La tendance déjà mentionnée à confondre la causalité (appréciée en termes de prévisibilité objective) et ce que les parties devaient prévoir dans une espèce donnée est encore plus nette puisque les conséquences dommageables pour la personne ou les biens d'un acheteur se présentent sous des aspects assez constants, à la différence des intérêts économiques ou commerciaux très variables au gré des circonstances. Le traité de Frumer et Friedman donne de nombreux exemples de cette assimilation⁸¹. Les dommages physiques à la personne ou à la propriété sont ainsi inclus dans les « consequential damages » comme s'ils résultaient d'un acte illicite ; il

⁷⁸ *Id.*, § 1345.

⁷⁹ *Id.*, § 1347, p. 258.

⁸⁰ FR-FR § 16.01 (2) ; *Stonebrink v Highland*, 137 P 2d 986, 989 (1943) ; *Tremeroli v Austin*, 227 P 2d 923 (1951).

⁸¹ FR-FR, cf. note précédente.

en sera question plus loin⁸². Qu'il suffise ici de noter que les limites posées à la réparation sont semblables à celles que trace notre causalité adéquate. La destruction de l'objet défectueux lui-même est traitée comme un dommage à la propriété⁸³.

D. *La portée pratique de la « warranty » et ses limites ; la « privity ».*

1. Définie comme une institution du droit des contrats, la « warranty » a fourni un instrument utile aux tribunaux désireux d'accorder réparation aux victimes de produits défectueux. Mais on ne peut s'empêcher de penser que c'est un moyen de fortune dont les effets sont par définition limités. L'évolution de la jurisprudence et de la doctrine a suivi une ligne constante vers le renforcement de la protection du public par l'aggravation de la responsabilité de ceux qui fournissent des biens. Toutefois cette volonté s'est pendant longtemps manifestée au gré des espèces d'une façon disparate, parce qu'elle ne reposait pas sur une analyse systématique et globale du problème pris comme un tout. Le souci de respecter la maxime « stare decisis » au moins formellement en est certainement responsable pour une large part. Il nous faut donc tenter de dresser un bilan sommaire de ce que la « warranty » prise dans le sens classique que nous avons essayé de décrire dans les pages qui précèdent a apporté à la solution de notre problème, et de ses insuffisances. Cela nous introduira à l'étude, dans la section suivante, de ce qu'elle est devenue ces dernières années, sous la pression de la nécessité : une nouvelle institution bien différente de ce que nous avons esquissé jusqu'ici.

Son principal avantage aux yeux des premiers juges qui l'ont utilisée en matière de « products liability », c'est qu'elle engendre une responsabilité indépendante de toute faute (strict liability)⁸⁴. Pour le surplus, tous les éléments que nous évoquons ci-dessous constituent autant de limites à son application, d'obstacles pour celui qui veut obtenir réparation d'un fournisseur de biens.

La « warranty » est associée à un contrat de vente. Les espèces où on a admis qu'elle prenait naissance dans d'autres rapports sont exceptionnels⁸⁵ : il s'agit avant tout des locations (bailments). On a refusé l'existence d'une « warranty » pour du plasma sanguin altéré, bien qu'il

⁸² Ci-dessous, pp. 81, 110.

⁸³ FR-FR § 16.01 (2) : parmi d'autres arrêts *Pabon v Hackensack Auto Sales*, 164 A 2d 773 (1960).

⁸⁴ Amaudruz, *La garantie*, p. 137.

⁸⁵ FR-FR § 19.02 (1), (2), (3).

fût administré à titre onéreux, parce qu'il ne s'agissait pas d'une vente véritable⁸⁶. De même pour la nourriture fournie par les restaurateurs, bien que la tendance soit aujourd'hui renversée⁸⁷ comme l'atteste le § 2-314 UCC.

La « warranty » suppose que le demandeur s'en soit remis au fournisseur d'une façon ou d'une autre : elle repose sur la confiance (reliance) du premier⁸⁸. Cette condition est difficile à établir dans un très grand nombre d'hypothèses à moins qu'on ne la vide complètement de son sens comme on le fait pour les « implied warranties » imposées par la loi pour des motifs de « public policy » (voir plus loin) mais il ne s'agit alors plus de « warranty » au sens classique.

L'acheteur perd le bénéfice de l'« implied warranty of merchantability » s'il a eu l'occasion d'examiner les biens et qu'il aurait dû découvrir les défauts⁸⁹. Il perd aussi ses droits s'il ne fait pas connaître dans un délai raisonnable l'existence d'un défaut (notice of breach) au fournisseur⁹⁰.

La responsabilité du fournisseur peut être limitée ou exclue par une clause conventionnelle (disclaimer of warranty), en vertu de la liberté contractuelle qui reste le principe dominant⁹¹. Il est vrai que, suivant leur tendance favorable aux victimes, les tribunaux ont interprété restrictivement ce qu'ils considèrent comme une dérogation à la règle⁹² ; ils ont exigé que l'attention de l'acheteur fût attirée sur la clause ; ils ont considéré comme non avenue l'exonération qui ne serait pas compatible avec d'autres éléments du contrat ou avec les pourparlers ; ils ont tenu compte de la disparité entre la puissance économique respective des parties (inequality of bargaining power)⁹³ pour affirmer que l'acheteur n'avait pas consenti librement à l'exonération ; ils ont annulé purement et simplement les clauses qui leur paraissaient déraisonnables (unconscionable) ou contraires à la « public policy » tout comme ils ont conclu à l'existence de « warranties » indépendamment de la volonté des parties pour les mêmes motifs. La réglementation du § 2-316 de l'UCC reprend en gros la jurisprudence tandis que le § 719 pose la présomption que l'exonération portant sur les dommages à la personne est déraisonnable

⁸⁶ *Perlemutter v Beth Davis Hospital*, 123 NE 2d 792 (1954).

⁸⁷ FR-FR § 24.01 (1).

⁸⁸ *Id.* § 16.03 (3).

⁸⁹ § 15 - 3 USA ; Sect. 2 - 316 (3) (d) UCC.

⁹⁰ Section 49 USA, § 2 - 607 (3) (a) UCC ; FR-FR § 19.05 (1) N. 2 ; (2) N. 13 et 14.

⁹¹ Voir généralement FR-FR § 19.07.

⁹² *Id.* § 19.07 (1), p. 547 ss.

⁹³ *Id.* § 19.07 (3).

(unconscionable). Il n'en reste pas moins qu'il a fallu beaucoup d'artifices et singulièrement peu de considération pour les signatures que les acheteurs avaient apposées au bas des contrats pour que les juges parviennent à éluder les effets des exonérations de responsabilité qui restent une source notable de difficultés.

2. A ces inconvénients s'ajoute une restriction fondamentale : celle qui résulte du principe de la *relativité des conventions* ; la fameuse « *privity of contract* » qui veut qu'un rapport contractuel n'impose d'obligations et ne profite qu'aux parties à l'exclusion des tiers. Les utilisateurs, les consommateurs de produits ne sont pas toujours ceux qui les ont achetés. Mais il faut encore franchir un degré pour reconnaître que ceux qui sont lésés par un produit n'en sont pas non plus toujours les utilisateurs ou les consommateurs. A l'autre bout de la chaîne le vendeur n'est la plupart du temps pas le fabricant des produits. L'application des règles contractuelles apparaît ainsi très limitée puisqu'elle ne touche parmi les personnes concernées que les parties à *un* des contrats qui font passer le produit de l'usine dans le public. Et encore faut-il que ce contrat soit une vente ⁹⁴. Celui qui doit répondre n'est pas celui à qui le défaut peut être imputé avec le plus de vraisemblance et son recours n'est pas assuré du succès, sans parler du coût et de la complication des instances en cascades ⁹⁵. Il serait vain de décrire les conséquences de cette situation si elle n'avait pas donné lieu à une réflexion en définitive bien plus large et profonde que l'énoncé très simple de la question semblait l'impliquer ; c'est probablement autour de la « *privity of contract* » que s'est élaborée la partie la plus importante de la doctrine spécifique de la « *product liability* ».

II. — L'ABANDON DE LA « PRIVITY ».

Il s'est agi, en bref, d'utiliser une institution qui en était arrivée à régir par définition des rapports *directs* entre personnes *immédiatement* en contact pour l'appliquer à une situation exactement inverse, soit celle où les personnes en cause ne sont précisément pas — et cela pratiquement par définition également — en contact direct ni immédiat.

On peut distinguer formellement deux voies conduisant à faire bénéficier des tiers au contrat de la « *warranty* » qui s'y rattache, quand bien même ils ne sont pas dans la « *privity of contract* » : la première

⁹⁴ Voir ci-dessus note 85.

⁹⁵ Amaudruz, *La garantie*, p. 166 ; Prosser, *The Assault...*, p. 1123-1124.

consiste à interpréter très largement la « privity » et à y inclure tous ceux qui entrent avec le produit dans une relation assez étroite pour qu'en découle un lien juridique avec le fabricant ou le vendeur malgré l'absence de rapport direct. C'est ainsi que l'on a pu définir la « privity » comme une « mutual or successive relationship to the same thing or right of property »⁹⁶.

Cette interprétation très large de la notion repose sur l'idée qu'il n'y a pas de bonne raison pour que le fabricant ne soit pas en « privity », même si ce n'est pas dans un sens contractuel, avec les consommateurs ou les usagers de son produit. Tous ses efforts de production sont dirigés non pas vers les intermédiaires, mais vers le public qui, en dernière analyse, utilise son produit et décide de son maintien dans les affaires⁹⁷.

L'autre voie est d'éliminer purement et simplement la notion en disant qu'elle n'est pas une condition de la « warranty », selon l'idée que cette dernière ne doit pas être définie comme une institution du droit des contrats et qu'elle peut ainsi produire des effets en dehors de toute relation contractuelle. (Nous verrons plus loin les solutions délictuelles pour lesquelles la « privity of contract » ne joue plus de rôle.)

Pour tenter de rendre plus claire la façon dont se pose le problème, nous reproduisons le schéma donné par un auteur américain⁹⁸.

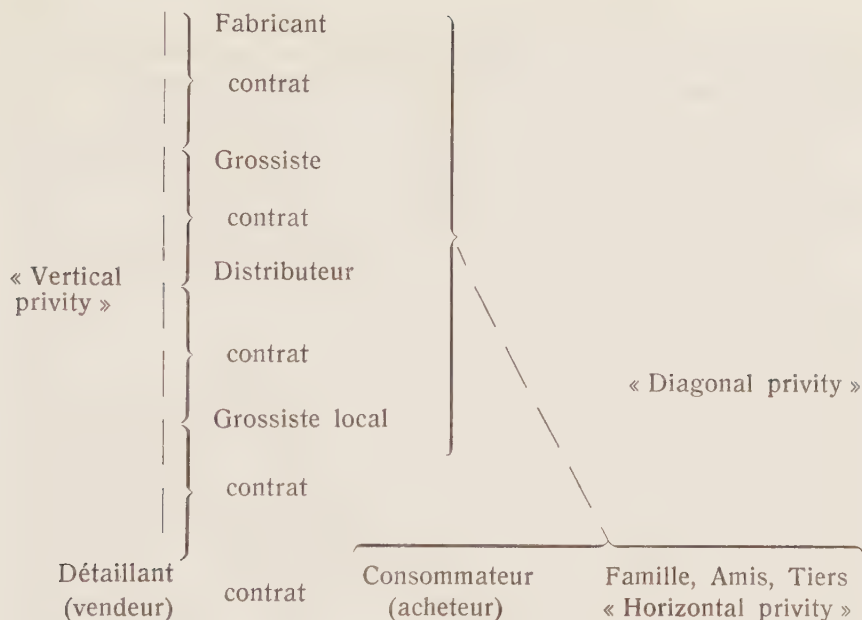
Trois types de relations apparaissent : l'acheteur avec tous ceux qui forment la chaîne de distribution du produit y compris le fabricant ; tous ceux qui sont dans le voisinage de l'acheteur avec le dernier revendeur ; tous ceux qui sont dans le voisinage de l'acheteur avec ceux qui forment la chaîne de distribution. La relation entre acheteur et membres de son entourage d'une part et fabricant d'autre part pose les plus nombreux problèmes en même temps qu'elle est la plus intéressante puisque c'est elle qui confronte les sujets directement concernés par le défaut de fabrication : la victime et le fabricant.

A. La « *vertical privity* » nous importe peu dans la mesure où elle ne met en cause que ceux qui participent à la distribution du produit avant la vente au public qui n'est pas encore concerné. Il suffit de savoir que l'évolution qu'on verra ci-dessous s'applique aussi aux rapports entre commerçants et entre commerçants et fabricants.

⁹⁶ *Peterson v Lamb Rubber*, 353 P 2d 575 (1960).

⁹⁷ Voir aussi FR-FR §§ 16.03 (2), p. 3-39 ; 16.03(7), p. 3-90.

⁹⁸ 64 Michigan L.R., p. 1444.



L'« *horizontal privity* » met en cause le dernier vendeur et l'entourage de l'acheteur. Le début de ce siècle a vu une extraordinaire réaction contre la nourriture malsaine tandis qu'apparaissaient des lois pénales et que d'une façon générale on considérait comme violant la « *public policy* » la mise en circulation d'aliments corrompus. Les produits « *imminently* » et « *inherently dangerous* » ont été en général traités de la même façon⁹⁹. De nombreux Etats ont étendu le bénéfice des « *warranties* », « *express* » ou « *implied* », à la famille, au ménage de l'acheteur, voire à ses employés (*industrial family*)¹⁰⁰, ces groupes de personnes entrant dans la « *privity* » parce que le vendeur sait d'expérience qu'ils utiliseront ou consommeront ce qu'il vend. C'est à l'occasion de dommages causés par de la nourriture avariée que cette tendance s'est le plus tôt et le plus nettement affirmée¹⁰¹.

L'UCC, sect. 2-318, a consacré ce point de vue en proposant trois niveaux d'extension aux tiers du bénéfice de la « *warranty* ».

⁹⁹ Prosser, *The Assault*, p. 1104 ss.

¹⁰⁰ Voir ci-dessous note 96. *Hamon v Digliani*, 174 A 2d, 294, 295 (1961) ; FR-FR § 16.03 (7), p. 3-89.

¹⁰¹ Williston, *On Sales*, § 244.

Les Etats pourront choisir une des trois solutions.

La première étend le bénéfice de la « warranty express » ou « implied » aux personnes physiques de la famille, du ménage et aux hôtes de l'acheteur pour les atteintes à leur santé ou à leur vie.

La deuxième protège toutes les personnes physiques susceptibles d'être atteintes dans leur santé ou leur vie.

La troisième enfin s'étend à toute personne physique ou morale susceptible de souffrir une lésion dans sa santé, dans sa vie ou dans ses biens *matériels* à cause du « breach of warranty ».

Dans les trois alternatives, l'exonération de garantie serait *nulle* dans la mesure où elle affecterait les droits des tiers protégés.

La possibilité est ainsi ouverte que quiconque est lésé par le produit puisse bénéficier de la « warranty » : un certain nombre d'Etats ont adopté ce point de vue (Colorado, Virginie, etc.) Il n'en reste pas moins que l'inclusion du « bystander » n'a pas eu beaucoup d'adeptes : l'objection principale consiste en ce qu'il est « a member of the general public, and not a person who, in the contemplation of the parties to the contract, might be expected to use, occupy or service the used automobile » (le lésé conduisait une voiture tamponnée par une autre, défectueuse, vendue par le défendeur) ¹⁰².

Cependant on a accordé réparation au tiers blessé lors de l'explosion d'un fusil causée par une cartouche défectueuse achetée par le tireur ¹⁰³.

B. La « *diagonal privity* ».

1. *Extension de la « privity ».*

Indépendamment de l'UCC, l'ingéniosité des auteurs et des juges s'était donné libre cours pour surmonter l'obstacle de la « privity » : Prosser ¹⁰⁴, mentionne à la suite de Gillam ¹⁰⁵ 29 moyens élaborés par une technique plus ou moins convaincante parmi lesquels : le détaillant est le représentant de l'acheteur ; ou du vendeur précédent ; il stipule une « warranty » en faveur de l'acheteur ; la « warranty » suit le produit

¹⁰² Kuschy v Norris, 206 A 2d 275 (1964).

¹⁰³ Piercefield v Remington Arms, 133 NW 2d 129 (1965). 64 Michigan L.R. 1449.

¹⁰⁴ *The Assault...*, p. 1124 ss.

¹⁰⁵ *Products Liability in a Nutshell*, 37 Oregon L.R. (1957), p. 119 ss., 153-155.

comme une servitude est attachée à l'immeuble¹⁰⁶. Ce dernier raisonnement a eu un certain succès mais son effet est limité en ce qu'il ne saurait profiter qu'à celui qui a un droit réel ou un droit analogue sur l'objet.

Il nous faut toutefois évoquer avec quelques détails une construction particulièrement intéressante : le fabricant a utilisé les voies de la publicité pour faire valoir les qualités de son produit, peu importe par quels moyens (dépliants, catalogues, affiches, émissions de radio et de télévision, etc.) Il a ainsi utilisé un « express language » de nature à susciter dans le public des « représentations » semblables à celles du dernier vendeur face à son client. Il n'est alors pas difficile d'assimiler les deux situations et de conclure à la naissance d'une « express warranty » malgré l'absence de relations contractuelles directes. Nous sommes ici dans une situation où la « privity » est admise par interprétation extensive de la notion sur la base d'un rapport analogue à un contrat. Il n'est pas besoin de souligner l'intérêt de cette solution qui met en œuvre l'idée que la publicité ne doit pas rester un moyen d'action unilatéral et sans conséquence de droit en rapport avec l'effet recherché, soit influencer sur la volonté du client potentiel ; dans la mesure même où elle veut obtenir ce résultat elle doit parallèlement obliger son auteur¹⁰⁷. Toutefois, une telle « warranty » ne profite pas toujours à celui qui n'a pas acheté le produit.

2. « Warranty » sans « privity ».

Le caractère relativement artificiel des constructions utilisées pour étendre le bénéfice de la « warranty » aux personnes étrangères au contrat tout en conservant l'exigence de la « privity » les a empêchés de se répandre largement : elles se présentent comme des solutions de fortune. C'est pourquoi les tribunaux et les auteurs qui sont restés fidèles à la « warranty » ont dans leur majorité préféré écarter complètement et explicitement l'obstacle de la « privity ». L'existence d'une jurisprudence parallèle fondée sur la responsabilité délictuelle au sens large (cf. plus loin) a contribué à cette évolution.

Il convient ici de se souvenir que la « warranty » n'a pas été toujours associée au contrat. C'est par les hasards de l'évolution historique qu'on lui a appliqué les règles de la « privity » ; à l'origine, seule la voie délictuelle s'ouvrait à ceux que lésaient les défauts des produits vendus ; la jurisprudence y ajouta les moyens contractuels comme une protection

¹⁰⁶ Voir aussi Jaeger, *The Constructive...*, p. 556 ; Kessler, 76 Yale LJ (1967), p. 892 ss. ; Santor v Karagheusian, 207 A 2d 305 (1965).

¹⁰⁷ Pour des exemples 64 Michigan L.R., p. 1435 N 27.

supplémentaire ou alternative quand, à côté de la violation d'une « warranty » rattachée aux délits, celle d'un contrat pouvait être invoquée¹⁰⁸. On peut considérer, avec Frumer et Friedman, l'application à la « warranty » des restrictions de la « privity » comme un « historical accident »¹⁰⁹, le fait que contrat et délit aient très souvent coïncidé lors d'un « breach of warranty » ayant amené à croire que ce dernier ne pouvait se concevoir sans « privity ».

Toujours avec les mêmes auteurs, on peut également y voir un « illogical requirement »¹¹⁰. En effet, à l'époque où la « privity of contract » devenait un élément essentiel pour la « warranty », les fabricants assumaient eux-mêmes des fonctions confiées aujourd'hui à des intermédiaires. L'exigence d'un rapport contractuel direct n'empêchait le lésé de rechercher le fabricant que dans les cas rares où des grossistes et des revendeurs entraient en jeu.

Il n'est pas très logique que le droit rende le fabricant débiteur d'une « warranty » envers son acheteur mais refuse la responsabilité s'il vend son produit à travers des intermédiaires qui jouent seulement le rôle d'un *conduit* faisant passer les biens de ses mains à celles du public¹¹¹. On pourrait dire aussi, toujours avec Frumer et Friedman que si la « privity » est essentielle à la « warranty », un fabricant est en « privity » avec le public puisque toute son activité tend à lui faire parvenir ses produits. Ce sont ces motifs qui ont amené plus d'un juge à dissocier complètement les deux notions et à mettre au bénéfice des « warranties » des tiers au contrat sans chercher à les inclure fictivement dans une « privity » qui aurait perdu tout son sens.

a) « *Express warranty* » : c'est assez naturellement pour les « express warranties » que cette dissociation a été la plus facile¹¹², pour des raisons que nous avons déjà eu l'occasion de mentionner : si par son activité et les moyens de publicité qu'il utilise, le fabricant ou le vendeur suscite une représentation de nature à influencer la décision d'achat de celui qui s'y fie, il n'est pas admissible qu'il puisse se réfugier derrière l'absence de contrat pour éviter les conséquences de l'inexactitude de la représentation. Le premier cas où un fabricant a dû répondre « for breach of an express warranty despite a lack of privity »¹¹³ est *Baxter v Ford*

¹⁰⁸ FR-FR § 16.03 (1) ; *Rogers v Toni Home Permanent* 147 NE 2d, 612 (1958) ; *Hamon v Digliani* (*supra* note 100), 294 ; *Williston, On Sales*, § 195 ; *Prosser, The Assault...*, p. 1126.

¹⁰⁹ FR-FR 16.03 (1), p. 3-35 et ss.

¹¹⁰ *Id.*, p. 3-38 et ss.

¹¹¹ *Santor v Karagheusian* (*supra* note 106), p. 309.

¹¹² Cf. *supra*, p. 59.

¹¹³ FR-FR § 16.04 (4) (a).

Motor Co ¹¹⁴. M. Baxter avait acheté une voiture ; la publicité annonçait que le pare-brise ne pouvait pas se briser en éclats (shatterproof) ; or M. Baxter perdit l'œil gauche parce qu'un éclat du pare-brise frappé par un caillou projeté par une autre voiture y avait pénétré. Le tribunal a posé ainsi le principe de cette jurisprudence qui abandonnait la « privity » : « radio, billboards and the products of the printing press have become the means of creating a large part of the demand that causes goods to depart from factories to the ultimate customer » ... « it would be unjust to recognize a rule that would permit manufacturers of goods to create a demand for their products, by representing that they possess qualities which they, in fact, do not possess, and then, because there is no privity of contract existing between the consumer and the manufacturer, deny the consumer the right to recover damages resulting from the absence of those qualities when such absence is not readily noticeable » ¹¹⁵.

Ce point de vue a été assez largement partagé depuis 1932. (Le droit délictuel présente un développement très semblable avec la responsabilité attachée à la « misrepresentation » ou à la « fraud ») (cf. plus bas p. 86).

Le principe est identique à celui établi dans le cadre de la « privity » étendue et ne soulève pas de problème. On notera seulement que l'« express warranty » résulte d'une affirmation et comme telle dépend d'un comportement que celui qui la donne a voulu, sinon dans son résultat légal, au moins en fait : on en a tiré comme conséquence que le « breach » doit être réparé dans tous ses effets, y compris les pertes commerciales ¹¹⁶.

b) « *Implied warranties* ».

L'abandon de la « privity » se justifie à première vue moins facilement ici puisqu'on ne peut rattacher l'« implied warranty » à un « express language ». Le fait en revanche qu'elle naisse essentiellement par l'effet de la loi, indépendamment de la volonté de l'obligé, et son origine délictuelle offrent d'autres moyens de la libérer de ses entraves contractuelles et d'offrir ainsi au public une voie pour l'invoquer directement contre l'entreprise productrice. Il est évident qu'au-delà des justifications techniques que les juges et les auteurs ont avancées pour ce faire, il faut prendre en compte les intentions « politiques » ou sociales qui ont motivé l'évolution. On distinguera ainsi les produits selon leur nature, les produits alimentaires ayant donné le branle, les « inherently or imminently

¹¹⁴ 12 P 2d 409 (1932) et 15 P 2d 1118 (1932).

¹¹⁵ 12 P 2d 412 (1932).

¹¹⁶ Randy Knitwear v American Cyanamid *supra* note 34. Note dans 66 Columbia L.R. (1966), p. 917 ss., 931 ss.

dangerous products » ayant suivi avec ceux destinés à entrer en contact avec le corps humain avant que l'extension de la responsabilité des fabricants « for breach of warranty without privity » ne se généralise dans son principe¹¹⁷.

Les produits alimentaires. — Le « Common Law » s'est montré sévère pour les pourvoyeurs de boissons et de nourritures dès les temps anciens : Prosser¹¹⁸ indique qu'en 1266 des lois pénales furent édictées dans ce domaine. La responsabilité dans les rapports directs entre vendeurs et lésés était indépendante d'une faute (strict) dès les origines. Elle ne s'est étendue à nouveau aux tiers qu'au début de ce siècle, après une série de scandales qui émurent l'opinion des Etats-Unis : the *Federal Food and Drug Act* de 1906 réprima la distribution des nourritures et boissons frelatées ou corrompues et nombre d'Etats légiférèrent dans le même sens. Prosser¹¹⁹ estime que la défaite générale des conservateurs aux élections de 1912 et l'apparition de l'idée que le public devait être défendu contre le « big business » rendirent possible l'évolution du droit. Les premiers juges imposant une « strict liability » sans « privity » en faveur des consommateurs, se contentèrent de la justifier par la protection de l'intérêt public (« public interest ») et de la représentation implicite que la nourriture commercialisée était sans danger (« implied representations that the food was safe »)¹²⁰. Puis se développèrent les théories ingénieuses auxquelles nous avons fait allusion plus haut comme la représentation tacite, le contrat en faveur d'un tiers, ou encore celle de la « warranty running with the goods from the manufacturer to the consumer by analogy to a covenant running with the land ». Pratiquement toutes les décisions reposent sur une théorie ou l'autre de la « warranty ». L'abandon de la « privity » en matière d'aliments est rapidement acquis¹²¹. D'abord parce qu'il est évident que pour la nourriture, la famille de l'acheteur est pratiquement toujours concernée (« horizontal privity ») ; il est aussi peu discutable que les défauts dans les produits alimentaires conduisent très fréquemment à des atteintes à la santé, soit à un bien considéré comme particulièrement précieux et digne de protection : la « public policy » est en cause. Il est très facile de construire, en raison même de sa nature, une « warranty implied » que la nourriture est « safe for consumption », sa fin étant par définition d'être mangée ; les conséquences des défauts sont toujours dans une certaine mesure

¹¹⁷ Jaeger, *The Constructive...*, p. 510 ss.

¹¹⁸ Prosser, *The Assault*, p. 1103.

¹¹⁹ *Id.*, p. 1106.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ FR-FR § 23, p. 624.

prévisibles. Le fait, enfin, que les produits alimentaires manufacturés soient fréquemment distribués sous *emballage d'origine scellés*, incitait à rechercher directement le fabricant, et à mettre hors de cause le revendeur (souvent un épicier de quartier) qui ne pouvait pas contrôler l'état du produit¹²². Aussi les obstacles purement techniques ne pouvaient-ils pas résister bien longtemps à des motifs aussi puissants que l'intérêt ou la santé publics, et le bon sens.

On soulignera cependant que l'abandon de la « privity » implique une modification assez profonde du *contenu* de la « warranty » : il s'agit, dans le cadre où nous sommes présentement, d'une obligation particulière résultant du droit objectif pour des motifs d'intérêt public. On se limitera à un exemple parmi des dizaines d'autres qui font ressortir sa nature : « we think the manufacturer is liable... under an implied warranty imposed by operation of law as a matter of public policy... liability is not based upon negligence, *nor on a breach of the usual implied contractual warranty*, but on the broad principal of the public policy to protect human health and life. It seems... to be the rule that where food products sold for human consumption are unfit for that purpose, there is such an utter failure of the purpose for which the food is sold, and the consequences of eating unsound food are so disastrous to human health and life that the law imposes a warranty of *purity* in favour of the ultimate consumer as a matter of public policy »¹²³.

Autres produits. — L'abandon de la « privity » comme condition d'une « implied warranty » mit toutefois du temps à s'étendre au-delà des aliments et des atteintes à la santé que peuvent provoquer leurs défauts. Mais un point était acquis : la protection de la santé était, au moins en fait, la base et le but de tout le développement dans ce domaine ; c'est ainsi que tous les produits susceptibles de l'affecter directement devinrent graduellement l'occasion d'une « implied warranty » : cosmétiques et médicaments avant tout¹²⁴. Le contenu de la « warranty » tendait parallèlement à se simplifier : la « safety », la sécurité physique de l'utilisateur devenait son principal objet, tandis que s'estompait le caractère de clause accessoire dans une relation *commerciale* envisagée comme telle. Il n'était dès lors pas étonnant que par identité de motifs on étendit le principe à tout objet susceptible de causer un dommage à l'intégrité physique : « we see no rational doctrinal basis for differentiating between a fly in

¹²² « sealed container » : FR § 19.03 (4) (c).

¹²³ Decker v Capps, 164 SW 2d, p. 828, 832 (1942) ; Westphalen, *Die Haftung...*, p. 15 ; Jaeger, *The Constructive...*, p. 511.

¹²⁴ Gottsdanker v Cutter Laboratories 6 Cal. Rptr. 2d 320 (1960).

a bottle of beverage and a defective automobile. The unwholesome beverage may bring illness to one person, a defective car, with its great potentiality for harm to the driver, occupants or others, demands even less adherence to the narrow barrier of privity » ¹²⁵.

Parallèlement à cette extension de l'« implied warranty » sans « privity » quand aux produits qu'elle couvre, la « *property* » entre dans le champ de sa protection ¹²⁶.

Sans entrer dans le détail des signes avant-coureurs de ce que l'arrêt Henningsen à New Jersey allait poser en termes clairs en 1960, on notera avec Prosser ¹²⁷ qu'on a rendu le vendeur de nourriture pour les animaux responsable sans « privity », parce que la nourriture est de la nourriture (food is food) même si elle est destinée à des animaux ! Puis viennent sept décisions capitales pour le développement du droit parmi lesquelles : en 1958, responsabilité du fournisseur de pièces de construction, qui ne sont pas destinées à l'usage corporel ni dangereuses en soi pour les dommages causés à un *immeuble* ¹²⁸ ; du fournisseur d'un câble électrique souterrain défectueux pour la destruction de ce câble et le coût de la pose d'un nouveau câble ¹²⁹ ; en 1959, responsabilité du fournisseur d'un pneu d'automobile ¹³⁰ ; en 1959 également, la Cour suprême du Minnesota semble vouloir, dans un « obiter dictum », éliminer complètement la « privity » dans les cas de « products liability », quel que soit le produit en cause ¹³¹, puis vient l'arrêt qu'on a considéré comme un bouleversement du droit de la « products liability », soit la décision fameuse de la Cour suprême de New Jersey en 1960 : Henningsen v. Bloomfield et Chrysler ¹³² célébrée, commentée et reprise par une multitude d'auteurs et de juges. Prosser la considère comme le moment du « fall of the citadel of privity » ¹³³ et l'avènement de la « strict liability to the consumer » de la part de ceux qui fournissent des biens au public.

L'état de fait est simple : M. Henningsen voulait offrir à sa femme une voiture pour son anniversaire ; en sa présence il acheta une Plymouth chez Bloomfield Motors Inc., une revendeur autorisé par le fabricant, en lui indiquant qu'il s'agissait d'un cadeau ; mais il signa seul la com-

¹²⁵ Henningsen v Bloomfield, *supra* note 61, p. 83 ; Picker-X-Ray v General Motors, 185 A 2d 919 (1962) ; FR-FR 16.04 (2).

¹²⁶ FR-FR 16.01 (2).

¹²⁷ Prosser, *The Assault*, p. 1111.

¹²⁸ Spence v Three Rivers Masonry Supply, 90 NW 873 (1958).

¹²⁹ Continental Copper and Steel Industry v E.C. « Red » Cornelius, 104 So 2d 40 (1958).

¹³⁰ P.F. Goodrich Co v Hammond, 269 F 2d 501 (1959).

¹³¹ Beck v Spindler, 99 NW 2d 670 (1959).

¹³² Henningsen v Bloomfield and Chrysler *supra* note 61.

¹³³ Prosser, *The Fall...*, p. 791.

mande. La fiche comportait, en très petits caractères, la reconnaissance par l'acheteur qu'il admettait tout ce que figurait sur les recto et verso du document ; le verso, rédigé serré et sans clarté contenait une clause qui exonérait assez largement le vendeur et le fabricant de leur responsabilité ; elle prévoyait que pendant les 4.000 premiers miles ou les 90 premiers jours, le fabricant serait tenu de remettre en ordre les *pièces* qui auraient des défauts *à son usine, frais de transport payés d'avance par l'acheteur et pour autant que le fabricant soit d'accord, après examen du véhicule, qu'il y avait bien un défaut* ; ce dernier point était ainsi à la discrétion du fabricant. Toute autre garantie était exclue, qu'elle fût donnée par le vendeur ou le fabricant (« there are no warranties, express or implied, made by either the dealer or the manufacturer on the motor vehicle, chassis, etc. »). Henningsen signa sans avoir lu ni les petits caractères du recto ni ceux du verso qui s'y trouvaient mentionnés. Cette formule était celle, uniforme, de l' « Automobile Manufacturers Association ».

La voiture fut livrée le 9 mai 1955 et ne parcourut que de petits trajets jusqu'au 19 du même mois. Ce jour-là, Mme Henningsen roulait à 20 ou 22 miles sur une bonne route. Elle entendit soudain le bruit d'un craquement vers l'avant : le volant lui échappa, la voiture vira brusquement à droite et s'écrasa contre un signal routier puis un mur. Un témoin confirma que soudain, la voiture qui roulait normalement était sortie perpendiculairement à la route, sans que rien le laissât prévoir. Les dégâts étaient tels qu'on ne put établir ce qui s'était passé. Le véhicule ne valait plus rien et il y avait 488 miles au compteur. Un expert déclara que d'après les deux récits de Mme Henningsen, blessée grièvement, et du témoin, la direction devait s'être rompue. Pour des questions de preuve, la négligence du fabricant ou du vendeur ne fut pas abordée au fond. Aussi le litige ne porta-t-il plus que sur des problèmes de « warranty » entre d'un côté Henningsen et sa femme et de l'autre Bloomfield et Chrysler. Il fallait établir si une obligation de « warranty » pouvait en principe prendre naissance et à la charge de qui ; si oui, décider de l'effet des clauses d'exonération sur cette « warranty » ; fixer l'étendue de la « warranty » quant aux dommages subis par M. Henningsen et quant aux personnes protégées, ici Mme Henningsen (horizontal privity).

— *L'existence d'une « warranty »* (actual privity et diagonal privity entre le fabricant et le vendeur d'une part et l'acheteur de l'autre).

On insistera surtout sur les rapports des époux Henningsen avec le fabricant, les rapports avec le vendeur étant régis « mutatis mutandis » de la même façon.

La Cour commence par rappeler que dans beaucoup de situations, la distinction entre « implied warranty of fitness for a particular purpose » et « warranty of merchantability » ne se justifie pas et renvoie à *Ryan v. Progressive Grocery Store*¹³⁴ ¹³⁵. On reconnaît ainsi déjà implicitement que la « reliance » suffit quand elle est toute générale et porte sur ce à quoi le vendeur s'oblige selon l'interprétation d'un acheteur raisonnable. Pour le tribunal, la voiture fournit un exemple parfait de cette confusion des deux « warranties » quand l'acheteur exprime le désir de l'utiliser pour ses affaires et pour des promenades sur les routes. Comme l'achat d'une voiture désignée par sa marque n'empêche pas la « warranty of merchantability » de prendre naissance¹³⁶ et que l'évolution jusqu'à l'USA et après lui a conduit à une « warranty » qui ne dépend plus de la volonté expresse ou tacite des parties, mais résulte de la loi, les conditions d'une « warranty » sont en principe réunies pour des dommages (résultant d'un « breach ») causés à la personne, à la propriété et pour la moins value de l'objet défectueux selon les circonstances ; elle oblige le fabricant ou le vendeur (ce dernier particulièrement quand le produit est vendu sous emballage scellé) selon les règles d'une « strict liability », indépendante d'une négligence ou de la connaissance du défaut. Il reste cependant que l'acheteur seul en profite dans le cadre d'un contrat. A ce propos la Cour impute aux fabricants d'avoir sciemment cherché à se soustraire à cette responsabilité en interposant entre les acheteurs et eux-même des intermédiaires qui empêchent la relation contractuelle de les lier au public, tandis qu'ils utilisent la publicité à grande échelle pour promouvoir le succès de leurs produits. Ces deux considérations serviront de base au juge pour sauter la barrière de la « privity » et remonter, au-delà d'un revendeur qui n'est souvent qu'un simple passage obligé pour le produit allant de l'usine au consommateur, au fabricant¹³⁷. La Cour observe que le commerce n'est plus limité à des partenaires d'importance relativement semblable et à des objets simples et faciles à contrôler.

L'intervention d'intermédiaires montre combien les remèdes contractuels sont inadaptés puisque seuls bénéficieraient d'une protection de droit contre le fabricant d'objets défectueux ceux qui par définition ne sont pas censés les utiliser. Les campagnes de publicité confirment d'autre part que c'est le *consommateur* en général et pas seulement l'acheteur

¹³⁴ 175 NE 105 (1931).

¹³⁵ Voir aussi FR-FR § 16.04 (2), p. 3-138 ; Prosser, *The Warranty...*, 27 Minnesota L.R. (1943), p. 117 ss., 168.

¹³⁶ Voir *supra* p. 48, 50.

¹³⁷ Henningsen, p. 77.

au sens technique qui en est le destinataire¹³⁸ (penser à la publicité telle que : « demandez à vos parents le cacao X » ; « la limonade telle et telle pour toute la famille » ; « offrez-lui une cigarette Y », etc., etc.)

Ce sont ainsi deux obstacles différents qui doivent être éliminés successivement : celui qui sépare l'acheteur du fabricant puis celui qui empêche les tiers non acheteurs d'invoquer la « warranty »¹³⁹. La Cour s'appuie¹⁴⁰ sur *Decker v. Capps*¹⁴¹, et sur *Patargias v. Coca-Cola*¹⁴² qui ont établi le principe en matière d'aliments ; sur *Worley v. Procter and Gamble*¹⁴³, *Rogers v. Toni Home Permanent*¹⁴⁴, etc., qui l'ont étendu aux produits pour l'« intimate bodily use » et l'habillement ; sur *Spence v. Three Rivers* qui l'a appliqué à du matériel de construction défectueux¹⁴⁵, avant d'énoncer l'argument décisif : Si la menace à la santé et à la vie justifie qu'on admette une « warranty » sans « privity », il n'y a pas lieu de distinguer entre une mouche dans une bouteille de boisson et une voiture défectueuse qui crée des dangers plus grands pour plus de personnes ; l'abandon de la « privity » dans le premier cas appelle « a fortiori » la même solution dans le second¹⁴⁶.

Ainsi donc devait être acquis en 1960 le principe que la « privity » n'était plus une condition des « implied warranties » (« of merchantability » en particulier) et qu'en matière d'atteinte à la santé et à la propriété les droits du lésé ne devaient pas dépendre des complications du droit de la vente (the intricacies of the law of sales)¹⁴⁷.

L'extension à Mme Henningsen de la « warranty » se justifie pour les juges par les mêmes motifs que ceux qui les ont conduits à reconnaître fondée l'action de son mari contre le fabricant. Il s'agit, pour s'en tenir au schéma reproduit plus haut, d'une extension sur la ligne horizontale de la « diagonal privity ».

Quant à la responsabilité du vendeur elle est la même que celle du fabricant — bien que les arguments valables pour le second ne soient pas applicables sans restrictions au premier — si dur que cela puisse paraître ; la Cour estime toutefois que le vendeur est suffisamment protégé par le recours qui lui est ouvert contre le fabricant si c'est à ce der-

¹³⁸ *Id.*, p. 81.

¹³⁹ Schéma p. 57 *supra*.

¹⁴⁰ p. 82-3.

¹⁴¹ *Decker*, *supra* note 123.

¹⁴² 74 NE 2d 162 (1947).

¹⁴³ 253 SW 2d 532 (1953).

¹⁴⁴ 147 NE 2d 612 (1958).

¹⁴⁵ *Supra* note 128.

¹⁴⁶ p. 82-84 ; FR-FR § 16.04 (2), p. 8-97.

¹⁴⁷ *Henningsen*, p. 81, citant *Mazetti v. Armour*, 135 P 633, 635 (1913).

nier qu'on peut imputer la cause du dommage. Le fait qu'il soit directement en relation avec le fabricant (actual privity) lui permet d'obtenir réparation d'un dommage exclusivement économique, en l'espèce le coût de la réparation due aux époux Henningsen, le droit américain ne faisant pas les mêmes distinctions que le droit suisse en cette matière.

— Il faut évoquer l'étude approfondie que les juges ont consacrée à la *clause de limitation conventionnelle de garantie* des fabricants et vendeurs, parce que les motifs qui ont fait conclure à son inefficacité et ceux qui les ont conduits à étendre le contenu et l'effet de l'« implied warranty » sont identiques : on ne peut promouvoir la vente de ses produits par une publicité intense et dégager ensuite sa responsabilité si le produit est de mauvaise qualité¹⁴⁸. Les parties ne sont pas sur le même pied et celle qui accepte l'exonération risque de s'y voir contrainte, particulièrement quand tous les fabricants de la branche concernée imposent des conditions semblables¹⁴⁹. Une exonération dans les cas où la vie ou les biens sont menacés est contraire à l'intérêt public¹⁵⁰, sans compter que la limitation de la responsabilité ne saurait être opposée à un contractant dont l'attention n'aurait pas été particulièrement attirée sur l'abandon de ses droits¹⁵¹, notamment quand sous le titre « warranty » se dissimule ce qui n'est en fait qu'une clause supprimant la responsabilité¹⁵².

C'est pourquoi, malgré le principe que celui qui appose sa signature sans lire un texte est lié, la clause de limitation de responsabilité est nulle, aussi bien à l'égard du vendeur que du fabricant.

— *Le dommage couvert par la « warranty » sans « privity ».*

Nous avons vu qu'en principe, la violation d'une « warranty » contractuelle oblige à réparer tout le dommage prévisible par le responsable au moment de la conclusion du contrat (soit le dommage direct et indirect pour reprendre le vocabulaire du droit suisse) aussi bien la *moins value* de l'objet défectueux (loss of bargain), les conséquences d'atteintes à la personne et les dégâts à des biens, les pertes économiques (mere economic loss) que le défaut peut causer (surtout le *lucrum cessans*) même si aucun dommage des deux premières catégories n'est intervenu et même si aucun des deux biens correspondants n'a été seulement menacé. Ainsi

¹⁴⁸ Henningsen, p. 81, renvoie à Baxter, *supra* note 114.

¹⁴⁹ *Id.*, p. 86-87.

¹⁵⁰ *Id.*, p. 85.

¹⁵¹ *Id.*, p. 89, 95.

¹⁵² *Id.*, p. 78, 89.

donc, prise comme une institution du droit des *relations commerciales*, la « warranty » couvre *tout* le dommage causé à l'acheteur.

L'« implied warranty » dans Henningsen n'est toutefois plus qu'une parente très éloignée de la « warranty » purement contractuelle dont l'application subsiste dans son domaine propre. Aussi importe-t-il de voir quelles seront les conséquences de cette modification de nature par rapport au dommage couvert. L'arrêt Henningsen ne tranche pas expressément le problème : mais les motifs invoqués pour fonder une « warranty » extra-contractuelle impliquent en eux-mêmes des restrictions : les biens protégés étant la santé et la propriété, seuls les dommages découlant d'atteintes à ces biens seront couverts. Il est vrai que toutes leurs conséquences seront incluses : ainsi pour les blessures de Mme Henningsen les frais de son traitement *et* les dépenses exposées par son mari pour l'entretien du ménage pendant son absence sont couverts parce qu'ils découlent de la lésion des mêmes biens ; le mari peut les réclamer puisqu'en vertu de ses obligations de chef de famille c'est à lui qu'ils incombent (derivative claim) ; ainsi le « consequential damage » est couvert parce qu'il découle d'une « injury » même si le titulaire de la créance ne l'a pas soufferte lui-même ; le dommage à la propriété ne présente pas de difficultés : la perte de la voiture et ce qui en découle. On aura l'occasion de voir plus loin que sans « privity », les arrêts qui appliqueront les règles établies dans l'arrêt Henningsen écarteront en général les demandes en réparation d'un dommage *exclusivement* financier (commercial loss) fondée sur une « implied warranty ».

*
**

En éliminant la « privity » simultanément sur les axes vertical et horizontal dans une affaire ne mettant pas en cause un produit destiné à l'usage corporel ou dangereux en soi (inherently dangerous), la Cour suprême de New Jersey tournait une page du droit américain. Même si le résultat qu'elle atteignait n'était pas entièrement nouveau¹⁵³, la solidité d'une argumentation sans équivoque, explicitement orientée vers un développement important sinon un renversement de la jurisprudence, en a fait un arrêt pilote : il créait une responsabilité causale du fabricant en combinant les avantages de deux institutions : la « warranty » qui déploie des effets indépendamment de toute faute, la responsabilité délictuelle qui s'étend à toute personne lésée, libérant la première des restrictions contractuelles, la seconde de l'exigence d'une faute. C'est

¹⁵³ Prosser, *The Assault...*, p. 1112 ss.

ainsi que Prosser peut assimiler l'abandon de la « privity » à l'avènement d'une responsabilité causale avec cette réserve que les juges ont évité une question : la « warranty » peut-elle être invoquée par une personne lésée qui serait complètement en dehors de la chaîne de distribution du produit soit « a mere bystander »¹⁵⁴. Toutefois le critère posé par la Cour est bien la *prévisibilité* (foreseeability) appliquée à Mme Henningsen¹⁵⁵ : « It is our opinion that an implied warranty of merchantability chargeable to either an automobile manufacturer or a dealer extends to the purchaser of the car, members of his family and to other persons occupying or using it with his consent. It would be wholly opposed to reality to say that use by such persons is not within the anticipation of parties to such warranty of reasonable suitability of an automobile for ordinary highway operation. Those persons must be considered within the distributive chain. » On pourrait ainsi déduire que, le cas échéant, un piéton aurait pu invoquer à son profit l'« implied warranty » dans notre espèce. Ce point de vue a été admis quelquefois plus récemment¹⁵⁶ mais on a objecté que la « reliance », si affaiblie soit-elle dans les cas d'« implied warranty of merchantability without privity », reste cependant la condition de la « warranty » et que même sous cette forme toute générale, elle ne peut être invoquée par un « bystander »¹⁵⁷. Comment construire une représentation que l'objet était « safe for use » si le tiers lésé ignorait jusqu'à son existence dans son voisinage ?

Il est encore difficile de déterminer à quel point la « warranty » a pu être dégagée des notions paracontractuelles pour venir en aide à tous ceux qui sont susceptibles d'être lésés. Jaeger dans un article intitulé « The Constructive Warranty »¹⁵⁸ propose une institution « sui generis » qu'il souhaite « sui juris » qui n'entrerait dans aucune des deux grandes catégories des « torts » ou des « contracts » et ne présenterait plus de caractères équivoques¹⁵⁹.

La protection de la « warranty » n'est pas nettement définie non plus quant aux dommages qu'elle couvre. Les motifs politiques et sociaux énumérés jusqu'ici ne conduisent pas, du fait même de leur diversité, à

¹⁵⁴ Henningsen, p. 100-101.

¹⁵⁵ *Ibid.* FR-FR § 16.04 (2), p. 3-133.

¹⁵⁶ *Id.* § 16.04 (2) (c) et suppl. 1972, p. 37 : Sills v Massey Ferguson, 294 F Supp. 776 (1969) (tondeuse à gazon projetant un solide à 150 pieds sur un tiers).

¹⁵⁷ FR-FR § 16.04 (2) (d) et suppl. 1972, p. 39 ; 64 Columbia L.R. (1964), p. 919.

¹⁵⁸ 39 Notre-Dame Lawyer (1964), p. 501 ss.

¹⁵⁹ *Id.*, p. 556.

une solution unique. Le problème sera repris dans son ensemble après le chapitre consacré à l'étude de la responsabilité du fabricant vue dans une perspective délictuelle.

Les arrêts les plus importants parmi ceux qui suivent Henningsen font appel à des idées que nous avons déjà abordées. Ils montrent au gré des espèces les constantes du développement et l'apparition de principes de plus en plus explicites dans les juridictions dominantes, comme la Californie et New York.

Il faut retenir la « *trilogie de New York* » (New York trilogy)¹⁶⁰ : *Greenberg v. Lorenz* (1961)¹⁶¹ ; *Randy Knitwear v. American Cyanamid* (1962)¹⁶² ; *Goldberg v. Kollsman Instrument* (1963)¹⁶³.

Dans *Greenberg*, le vendeur (retailer) fut tenu responsable d'un dommage causé à un membre de la famille de l'acheteur (horizontal privity) par un morceau de métal dans une boîte de saumon.

Randy Knitwear présente une situation particulièrement intéressante : un fabricant d'habits avait acheté du tissu imprégné du produit du défendeur empêchant soi-disant le rétrécissement. Le défendeur distribuait des étiquettes à poser sur les habits finis, mais aucun contrat ne liait le demandeur au défendeur qui n'avait de rapports directs qu'avec le fabricant de tissu. Le tribunal trouva une « warranty » expresse en faveur du demandeur, sans « privity » et laissa entendre que l'abandon de la « privity » pourrait s'étendre à une « warranty implied ». Il faut aussi relever que le dommage couvert est plus proche de la perte commerciale pure que de l'atteinte à la propriété : c'est en effet au niveau de la vente de ces produits aux détaillants, et à travers eux au public, que la lésion des intérêts du revendeur apparaît. La nature du produit et celle du dommage sont indifférentes, d'après le tribunal, parce que l'origine du dommage est la croyance à une *représentation* du fabricant¹⁶⁴. Bien que consacré à une « warranty express » cet arrêt annonce déjà un abandon généralisé de la « privity » considérée comme « being an old and outmoded technical rule ». Et l'arrêt *Goldberg v. Kollsman Instrument* le confirme : la famille Goldberg réclamait des dommages intérêts pour la perte de M. Goldberg tué dans un accident d'avion causé par le mauvais fonctionnement d'un altimètre. La Cour estima que la demande contre le fabricant de l'altimètre devait être écartée, non pas parce que la « privity »

¹⁶⁰ *Id.*, p. 516.

¹⁶¹ 173 NE 2d 773 (1961).

¹⁶² *Supra*, note 34.

¹⁶³ 191 NE 2d 81 (1963).

¹⁶⁴ *Randy Knitwear*, p. 370 dans la recension 226 NYS 2d, p. 363 ss.

manquait, mais parce que la responsabilité du fabricant de l'avion, soit celui que « signait » le produit complet suffisait à garantir les droits des victimes ¹⁶⁵.

A Hawaï, l'arrêt *Chapman v. Brown* ¹⁶⁶ reprend aussi les principes posés par Henningsen ; le vendeur d'une robe prêtée par l'acheteur au demandeur fut tenu responsable en « implied warranty » du dommage causé par le fait que cette robe en tissu synthétique prit feu d'un coup. Il ressort du texte que le fabricant eût été traité de la même façon si la demande avait été formée contre lui ¹⁶⁷.

Dans le District of Columbia, Henningsen fut aussi repris dans *Pickering X Ray Corp. v. General Motors* ¹⁶⁸ avec cette remarque : « a defectively manufactured, potentially dangerous instrumentality like an automobile, which will travel at high speeds on crowded highways and congested areas is far more dangerous to its driver, its passengers, and the public at large, than is contaminated food product in a can or package » ¹⁶⁹.

Même si les principes développés par la jurisprudence sont clairs, un certain nombre de questions n'ont pas été réglées définitivement jusqu'ici.

C'est en principe le fabricant (manufacturer) qui est le défendeur le plus intéressant pour les victimes. Et nous avons vu qu'il a été assimilé à un vendeur ¹⁷⁰ sous réserve des dommages purement commerciaux qui ne sont en général pas réparés sans « privity » s'il n'y a pas eu d'« express warranty » par la publicité. Certains tribunaux sont cependant enclins à libérer le revendeur et à ne pas le faire répondre à côté du fabricant quand le produit a été distribué dans le commerce sous emballage d'origine scellé en fabrique ¹⁷¹ ou quand il ne reprend pas à son compte les « express warranties » données directement par le fabricant ¹⁷² ; la confiance se porte en effet avant tout sur le fabricant et non sur le détaillant qui ne peut pas contrôler le produit. Mais c'est une dérogation au principe que la « warranty » ne repose sur aucune faute et que la confiance la moins caractérisée suffit. C'est toutefois un signe que l'idée de la faute (objective il est vrai) reste toujours présente à l'esprit des juges.

La Californie a promulgué une loi excluant certains produits de la « warranty », surtout les produits pharmaceutiques et médicaux (par

¹⁶⁵ Cowan, *Some policy bases*, 17 Stanford L.R. (1965), p. 1077 ss.

¹⁶⁶ 198 F Supp., 78 et 304 F 2d, 149.

¹⁶⁷ FR-FR § 16.04 (2) (b) XIX.

¹⁶⁸ Cf. *supra*, note 125 ; 185 A 2d 919 (1962).

¹⁶⁹ *Id.*, p. 923.

¹⁷⁰ FR-FR § 16.01 (1).

¹⁷¹ *Id.* § 19.03 (4) (c).

¹⁷² *Id.* § 19.04 (b).

exemple le plasma sanguin) a cause de l'utilité qu'on leur reconnaît ¹⁷³. Il est difficile d'apprécier si cette tendance va s'étendre à d'autres domaines ou dans d'autres Etats.

La question des risques impossibles à connaître dans l'état actuel des connaissances paraît devoir être tranchée le plus souvent dans le sens de la libération du fabricant ; ce serait aussi une dérogation aux principes de la « warranty » et un renvoi implicite à la notion de faute. Les nombreux arrêts *Green v. American Tobacco* ¹⁷⁴ présentent une discussion approfondie du problème que nous reprendrons plus bas ¹⁷⁵, soit celui de savoir si le fabricant répond comme un assureur des dommages causés par des produits ¹⁷⁶.

La situation des fabricants de pièces entrant dans la composition d'un autre produit n'est pas tout à fait claire non plus ¹⁷⁷. On peut s'attendre cependant à ce qu'elle soit assimilée à celles des fabricants ordinaires. Celui qui à l'inverse assemble des pièces fabriquées par d'autres ou revend seulement des produits en se donnant comme un fabricant répond comme s'il l'était effectivement (ostensible manufacturer) ¹⁷⁸.



Nous abandonnons ici l'examen de la « products liability » fondée sur les « warranties » en rappelant seulement que délivrée de ses limites contractuelles, la « warranty » est devenue une source pratiquement autonome de responsabilité du fabricant et du vendeur de produits ¹⁷⁹ profitant à tout lésé qu'on peut faire entrer dans la « distributive chain » — rarement au pur « bystander » — pour un dommage à la santé ou à la propriété — et rarement commercial seulement sauf dans les cas de « warranty express » sans « privity » — pour des motifs d'intérêt public. On reprendra les questions laissées en suspens pour les traiter dans une perspective globale après l'étude de la « products liability » extra-contractuelle.

¹⁷³ *Id.* § 16.04 (3) (b).

¹⁷⁴ *Id.* § 16.03 (4) (p. 3-59) et suppl. 1972, p. 19 ss., notes 14.

¹⁷⁵ Voir *infra*, p. 118 ss.

¹⁷⁶ Cf. Traynor, *The Ways and Meanings...*, Tennessee L.R. (1965), p. 363 ss. Comment K ad 402 A, *Restatement* ; James, *The Untoward Effects...*, 54 California L.R. (1966), p. 1550 ss.

¹⁷⁷ Goldberg, *supra* note 163 ; Cowan, *supra* note 165, p. 1081.

¹⁷⁸ FR-FR § 16.04 (2) (f) ; § 10.02 pour la négligence.

¹⁷⁹ Jaeger, *The Constructive...*, p. 556.

CHAPITRE II

LA RESPONSABILITÉ DÉLICTELLE DU FABRICANT

GÉNÉRALITÉS.

Comme pour les « warranties » il existe en matière de « torts » une sorte de mise à jour du droit intitulée *Restatement of the Torts* ; elle présente l'état de la jurisprudence dominante quand elle ne le précède pas un peu pour favoriser une tendance. Le doyen Prosser en est un des rédacteurs. Nous aurons fréquemment l'occasion de nous y référer.

Le développement de la responsabilité du fabricant en dehors du droit de la vente est d'une très grande signification. Son mécanisme et les notions mises en œuvres sont plus faciles à comprendre et à décrire car à travers une technique différente, le système américain exprime des principes semblables à ceux qui gouvernent la responsabilité délictuelle des contrées de droit civil. La responsabilité découle en principe d'un comportement fautif et n'est qu'exceptionnellement (au sens technique sinon statistique) indépendante d'une faute. On peut distinguer fondamentalement l'intention et la négligence ; la seconde dans la pratique anglo-américaine constitue une source propre de la responsabilité extra-contractuelle, attachée avant tout aux accidents et ne doit pas être considérée comme une variété dans une catégorie plus large qui serait celle de la faute. La dissociation formelle de l'illicéité et de la faute n'apparaît pas dans la construction des « torts », même si on s'en rapproche en fait assez souvent. Il faut admettre¹⁸⁰ que depuis le XIX^e siècle, la « négligence » n'est pas qu'une condition subjective de la responsabilité découlant de n'importe quel autre « tort » mais bien un « tort » en soi, à côté des « torts » intentionnels et de la « strict liability » (responsabilité indépendante d'une faute). Nous consacrerons ce chapitre à la « négligence », les cas où la « products liability » découlerait d'une inten-

¹⁸⁰ Prosser, *Torts*, p. 142 ss.

tion dolosive ne présentant pas d'intérêt dans la perspective de ce travail où nous partons de l'idée que les fabricants ne cherchent pas à causer des dommages au public. Nous étudierons ainsi successivement les cas de « negligence » et de « negligent misrepresentation », la « strict liability in tort » étant traitée dans le chapitre III.

I. — LES PRINCIPES DE LA NÉGLIGENCE.

A. — La « negligence » comme comportement.

La « negligence » est une façon de se conduire ¹⁸¹ : « a conduct which falls below the standard established by the law for the protection of others against unreasonable risk of harm » ¹⁸².

Un courant de la doctrine introduit une nuance subjective en proposant de tenir compte du « state of mind » de l'auteur du dommage tandis que la majorité des auteurs et des tribunaux applique un critère objectif préférant sa clarté et sa sécurité, et sacrifiant l'aspect moral que suppose la prise en considération des éléments subjectifs ¹⁸³.

Cette approche objective et externe du comportement s'appuie sur l'étalon du « reasonable man » ; c'est de ce qu'il aurait fait dans la situation concernée qu'on partira pour qualifier et juger la conduite de l'auteur du dommage sous l'angle de la « negligence ». Le « reasonable man » est un être fictif, qui sans être parfait ni infailible n'est pas non plus l'homme de la rue ni le citoyen moyen ¹⁸⁴. Son comportement ne correspond pas à la résultante de tous les comportements individuels dans la société et l'observance d'une pratique courante voire unanime n'exclut pas la « negligence ». Il est le modèle d'un comportement social considéré comme « normal ». S'il reste en lui un élément moral c'est de la morale sociale plutôt qu'individuelle qu'il faut parler ¹⁸⁵. Il n'en reste pas moins que, même sous cet angle, il y a une intention morale dans l'obligation imposée à l'auteur d'un dommage de le réparer sans qu'il encoure de reproche moral (moral blame) ¹⁸⁶. L'idée dominante est celle de la réparation du dommage et, pour la majorité, il importe de ne pas faire dépendre la protection du lésé d'éléments incertains, d'autant que

¹⁸¹ *Id.*, p. 146.

¹⁸² Harper and James, p. 896 ; Rest. 2d § 282, 1950.

¹⁸³ Harper and James, p. 896.

¹⁸⁴ *Id.*, p. 905 ; Prosser, *Torts*, p. 153.

¹⁸⁵ Prosser, *Torts*, p. 17.

¹⁸⁶ *Id.*, p. 18.

les actes de ceux qui par définition sont peu « coupables » créent souvent le plus de dangers pour autrui (les jeunes, les inexpérimentés, les maladroits)¹⁸⁷. L'accent est mis sur le caractère *compensatoire* de l'obligation délictuelle plutôt que sur son côté punitif.

L'idée de faute, même purement objective, doit être affinée pour rendre compte de la notion de « négligence » dans son ensemble. Prosser¹⁸⁸ et Harper and James¹⁸⁹ montrent que le *risque* compris comme le danger reconnaissable de causer un dommage est la notion de base comme cela ressort de la définition suivante : « in negligence, the actor does not desire to bring about the consequences which follow, nor does he know that they are substantially certain to occur, or believe that they will. There is merely a risk of such consequences, sufficiently great to lead a reasonable man in his position to anticipate them and to guard against them... A risk is a danger which is apparent, or should be apparent to one in the position of the actor », ceci au moment où il a agi et non en fonction de ce qui est arrivé (de la « wisdom born of the event »¹⁹⁰. Le risque reconnaissable (« recognizable risk ») devant par définition être connu de l'auteur, la conduite, pour devenir négligente, doit être « unreasonable »¹⁹¹. La référence au « reasonable man » intervient ici pour la seconde fois : il doit *se comporter* raisonnablement par rapport aux risques qu'il a raisonnablement dû *prendre en compte* : c'est ce qu'exprime clairement l'arrêt : Osborne v. Montgomery¹⁹² : « every person is negligent when, without intending to do any wrong, he does such an act or omits to take such a precaution that under the circumstances present, he, as an ordinary prudent person, ought reasonably to foresee that he will thereby expose the interests of another to an unreasonable risk of harm. » En encore le risque lui-même doit-il ne pas être raisonnable non plus, soit ne pas entrer dans la catégorie des risques généraux, quotidiens et universels de la vie courante. Il faut tenir compte pour en apprécier le caractère déraisonnable, de trois facteurs qui déterminent le degré de précaution à observer : la probabilité que la conduite cause un dommage à autrui, l'importance de ce dernier s'il survient et leur relation avec l'intérêt que l'auteur doit sacrifier pour écarter le risque¹⁹³. Ou encore avec Prosser¹⁹⁴ : « it is fundamental that the standard of conduct which is the basis of the law of negligence

¹⁸⁷ Harper and James, p. 904.

¹⁸⁸ Prosser, *Torts*, p. 168.

¹⁸⁹ Harper and James, p. 828.

¹⁹⁰ Prosser, *Torts*, p. 148-9.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² 234 NW 372, 379 (1931) ; Harper and James, p. 929.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Prosser, *Torts*, p. 152, N. 8.

is determined by balancing the risk, in the light of the social value of the interest threatened and the probability and extent of the harm against the value of the interest which the actor is seeking to protect, and the expedience of the course pursued.» On comprendra dès lors que plus le risque est proche, plus grande sera la diligence requise ; de même si l'ampleur du dommage prévisible croît.

Sur l'autre plateau de la balance, moindre sera la valeur de l'intérêt à sacrifier, plus lourde la responsabilité, si les deux premiers termes restent constants ou encore, la valeur de l'intérêt à sacrifier doit correspondre à l'intensité du risque : la seconde commande l'ampleur du sacrifice.

Si par ailleurs la législation par exemple interdit telle activité parce qu'elle implique un risque excessif, quelle que soit par ailleurs son utilité, ou si elle la réglemente dans son fonctionnement pour en limiter les risques, la « négligence » serait alors d'exercer l'activité dans la première hypothèse, ou de ne pas l'exercer selon la loi dans la seconde (négligence *per se*). La société peut aussi tolérer une activité dangereuse parce qu'assez utile, mais imposer à celui qui l'exerce l'obligation de payer les dommages en résultant indépendamment de toute diligence. C'est le cas des « *extrahazardous activities* » comme l'usage d'explosifs ou le fait d'élever des animaux dangereux chez soi, etc. La responsabilité est alors appelée « strict »¹⁹⁵.

La véritable « négligence » quant à elle repose sur des notions plus essentiellement relatives. En effet, quand l'ordre juridique interdit ou réglemente une activité ou la sanctionne d'une responsabilité stricte, la pesée du risque et de l'intérêt est *déjà* faite, *dans l'abstrait*, indépendamment du comportement de l'auteur. La « négligence » au sens propre n'intervient que dans des situations particulières où la pesée doit être faite spécialement pour qu'un comportement puisse être qualifié de négligent. Le risque n'est pas inhérent à l'activité qui est « neutre », mais il apparaît en fonction des comportements. Comme ce sont eux qui en rendent compte, ce sont eux aussi que le droit prendra pour fondement de la sanction. Ce n'est pas l'équilibre en soi du bénéfice général de telle activité mis en balance avec ses risques propres qui importe. La « négligence » entre en jeu si un danger incident à l'activité peut être réduit par des mesures d'importance relativement mineure, au point que l'inconvénient résultant de la précaution le cède à l'élimination du danger prévisible si on ne la prend pas¹⁹⁶ : pour une plaque tournante, la pose

¹⁹⁵ Harper and James, p. 933-4.

¹⁹⁶ *Id.* N 24 ; Chicago, B. and Q.R.R. v Krayenbuhl, 91 NW 880, 882-3 (1902).

d'une serrure pour empêcher les enfants de la mettre en marche mal à propos est une précaution minime que la gravité du danger qu'elle permet d'éliminer impose à l'homme raisonnable.

Ainsi donc le caractère « raisonnable » importe pour la *prévision*, pour la *conduite* et pour la *pesée des intérêts* de l'auteur et du lésé. La pratique la considère comme une question de fait à soumettre à l'appréciation du jury, et non de la Cour ; cette dernière est en revanche compétente pour décider si un cas relève de la « strict liability » ou de la « negligence », office qu'elle partage avec le législateur. Ce dernier point mériterait un développement qui nous entraînerait trop loin du sujet¹⁹⁷.

Il faut encore au niveau des généralités tenter de décrire le contenu de ce « standard of reasonable conduct » dans la mesure où il peut être généralisé sans perdre toute substance.

On peut d'abord noter que si l'auteur a agi selon la coutume ou l'usage, il y a un indice sans plus qu'il peut avoir observé le « standard » ; s'il a pris moins de précautions, il aura de la peine à renverser la présomption que sa conduite n'atteignait pas le niveau minimum de « due or reasonable care ». Tous les membres d'une industrie observant les mêmes précautions peuvent être négligents bien que leur conduite corresponde à un usage établi sans exception¹⁹⁸. La notion de « duty of care » ou « duty » apparaît souvent dans les arrêts et la doctrine. Prosser préconise d'en limiter l'utilisation dans le sens d'« obligation for the benefit of the particular plaintiff », soit dans un sens tout général et en définitive constant dans son principe : « in negligence cases the duty is always the same, to conform to a legal standard of reasonable conduct in the light of the apparent risk. What the defendant must do, is a question of the standard of conduct required to satisfy the duty. » Les deux notions sont inséparables. « A duty, in negligence cases, may be defined as an obligation, to which the law will give recognition and effect, to conform to a particular standard of conduct toward an other¹⁹⁹. » C'est à l'apparition de la « negligence » au XIX^e siècle comme « tort » autonome que les tribunaux développèrent la notion de « duty » comme une relation spécifique entre le demandeur et le défendeur sans laquelle il ne pouvait y avoir de responsabilité. La règle se forma dans les années 1840²⁰⁰ qu'on ne pouvait fonder une action en justice sur la violation d'un devoir (« breach of duty ») en faveur d'une personne autre que le demandeur. Celui-ci doit être dans le champ de protection d'un devoir juridique

¹⁹⁷ Harper and James, p. 937 ss. ; Prosser, *Torts*, p. 206 ss.

¹⁹⁸ Prosser, *Torts*, p. 170, N. 63 et jpr. citée.

¹⁹⁹ *Id.*, p. 331.

²⁰⁰ *Id.*, p. 332, N 8.

défini dont il puisse être considéré comme le bénéficiaire spécifique. Cette règle appliquée en premier lieu au contrat (celui qui n'est pas partie au contrat ne peut pas invoquer sa violation) s'étendit à tout le domaine de la « négligence » : L'arrêt *Winterbottom v. Wright*²⁰¹ fut ainsi interprété jusqu'en 1916 comme excluant l'action en « négligence » de celui qui subirait un dommage sans être partie à un contrat qui aurait été violé par le même acte. On avait ainsi un moyen de limiter le cadre des devoirs de l'auteur quand il était débiteur dans un rapport contractuel, peut-être pour ne pas accabler l'industrie en plein développement sous des responsabilités qui auraient pu compromettre son équilibre.

Il convient toutefois de remarquer avec Prosser que l'introduction de cette notion n'a pas modifié formellement le cadre général de la « négligence », si courant que son emploi soit devenu. Décider s'il y a ou non « duty » équivaut à déterminer si les intérêts du demandeur doivent être protégés juridiquement contre la conduite du défendeur ; il suffit aux tribunaux de trouver une « relation » même en puissance pour fonder un « duty ».

C'est le cas toutes les fois qu'il existe une activité positive (affirmative conduct) du défendeur, de nature à affecter les intérêts d'autrui. Même si le critère n'est pas essentiel, il serait impossible de le bannir du vocabulaire et de la technique du droit de la « négligence » ; Prosser lui reconnaît l'avantage d'exprimer « the total sum of those considerations of policy which leads the law to say that particular plaintiff is entitled to protection »²⁰².

B. — *La causalité et le dommage.*

Il faut encore que le comportement du défendeur soit la cause du dommage survenu chez le demandeur. La causalité matérielle ne suffit pas ; il faut une causalité juridique appelée « proximate » ou « legal cause » qui ne diffère guère de notre causalité adéquate, malgré des controverses et confusions nombreuses²⁰³. Le principe dominant est qu'il faut fixer une limite à la responsabilité de l'auteur pour les conséquences de sa conduite. Il est déjà sous-jacent dans la notion de « duty » et il intervient à un troisième stade quand la protection, assurée en principe par l'existence d'un « duty », déploie ses effets au niveau de la quotité de la réparation.

²⁰¹ 152 English Reports 402 (1842).

²⁰² Prosser, *Torts*, p. 333.

²⁰³ *Id.*, p. 240 ; Harper and James, vol. II, p. 1109.

La relation de causalité qui nous intéresse le plus ici est celle qui lie la conduite de l'auteur et l'événement dommageable. Des innombrables critères (tests) proposés, aucun ne rend compte de façon constante des problèmes ; et tous sont discutés par la doctrine. L'institution du jury permet toutefois de surmonter pratiquement la difficulté des définitions qui incombent à la Cour, car les jurés ont tout loisir de faire coïncider, selon leurs convictions, leur sentiment avec le vocabulaire des juges qui rédigent les questions ²⁰⁴.

Il faut d'abord que la relation de causalité existe en fait : L'expression de « substantial factor » semble devoir être retenue comme la plus générale. La conduite du défendeur doit avoir été en fait un facteur substantiel dans la survenance de l'événement dommageable ²⁰⁵. Il faut de plus que la causalité *juridique* soit acquise. La doctrine est très divisée et la confusion règne. Malgré les nombreuses critiques d'ordre logique qui ont été faites par les auteurs les plus éminents, la notion de prévisibilité ne cesse d'être employée. On la trouve ainsi au départ dans l'établissement du « duty » ; elle est souvent confondue avec celle de causalité juridique ; elle sert enfin de critère pour fixer l'étendue de la réparation ; elle donne aux tribunaux de nombreux moyens de limiter l'étendue de la responsabilité soit en restreignant la portée du « duty » (scope of duty) et avec lui la protection de principe de l'intérêt, soit alternativement ou concurremment en soumettant la causalité juridique à des exigences strictes. La logique paraîtrait mieux servie si, une fois la protection déterminée dans son principe par le « duty » (qui fait appel à la possibilité par l'auteur de prévoir le risque qu'il crée), les conséquences de la violation ne devaient plus pouvoir être mises en discussion sur des points censés résolus au niveau précédent, comme précisément celui de la prévisibilité qui tend à reparaître ²⁰⁶. Ainsi la limitation du « duty to do or refrain from doing a given act to (1) those persons or interests that are likely to be endangered by the act or omission, and (2) harm (to such person or interest) from a risk the likelihood of which made the act or omission negligent » devrait permettre d'éliminer la prévisibilité comme critère de la « proximate cause ». Mais quoiqu'il en soit on renoncera avec Prosser ²⁰⁷ à vouloir à tout prix donner une définition puisque « it (proximate cause) is always to be determined on the facts of each case upon mixt considération of logic, common sens, justice, policy and precedent ».

²⁰⁴ *Id.*, vol. II, p. 1130.

²⁰⁵ Prosser, *Torts*, p. 244.

²⁰⁶ Harper and James, vol. II, p. 1137.

²⁰⁷ Prosser, *Torts*, p. 238, N 55.

La distinction entre deux catégories de dommages qui relève de la responsabilité contractuelle n'a pas cours ici et le défendeur pourra devoir plus que ce qui était prévisible pour lui au moment de l'acte. Qu'il découle d'une atteinte à la santé ou aux biens, tout le dommage est en principe réparé ; qu'il résulte directement ou indirectement de la lésion n'importe pas, pourvu que la causalité juridique existe. Quant aux pertes purement économiques et indépendantes d'une atteinte à la santé ou à la propriété il semble bien qu'on ne puisse pas en obtenir réparation dans une action en « negligence » bien qu'il y ait quelques décisions en sens contraire ²⁰⁸.

C. — « *Negligence per se.* »

Il importe de mentionner encore que la « common law » est assez souvent complétée par des « statutes » (« safety » ou « criminal statutes »). Il se trouve alors que le « standard of conduct » correspond exactement aux règles posées dans la loi : en conséquence, la preuve de l'inobservation des injonctions légales suffit à fonder l'action en « negligence » indépendamment de l'allégation d'une faute particulière ²⁰⁹.

Le « duty » et son étendue découlent de l'interprétation du texte légal et les autres problèmes se résolvent selon les règles habituelles. Une minorité ne voit dans la violation d'un texte légal qu'une présomption de « negligence » ; on dit aussi qu'il ne s'agit que d'un indice (evidence) de « negligence » qui doit encore être soumis à l'appréciation du tribunal ²¹⁰. On rappellera que le fait que le comportement de l'auteur soit conforme aux règles d'un « statute » n'empêche pas qu'il soit négligent pour la « common law » ²¹¹.

D. — « *Circumstantial evidence* » et « *res ipsa loquitur* ».

Bien qu'il s'agisse de deux pratiques relevant de la procédure, leur incidence sur l'application du droit matériel est considérable. La « circumstantial evidence » permet au niveau de la preuve du *fait*, d'inférer de tel fait acquis et prouvé l'existence d'un autre qui ne l'est pas ou ne peut pas l'être. On n'entrera pas dans les détails de procédure : il importe de savoir seulement qu'en matière de « negligence », cette pratique est près d'être confondue avec l'utilisation de la maxime « *res ipsa loquitur* » qui dans une deuxième opération permet, sous certaines conditions que

²⁰⁸ 64 Michigan L.R. (1966), p. 1350 ss., 1355, 1382.

²⁰⁹ FR-FR § 5.04, p. 58.

²¹⁰ Prosser, *Torts*, p. 191-192, 202 N 85.

²¹¹ *Id.*, p. 205.

nous allons sommairement évoquer ci-dessous, d'inférer de tel fait connu ou considéré comme tel que la conduite de l'auteur a été négligente, cela à défaut de preuve formelle²¹². Comme les critères de la « négligence » sont essentiellement objectifs, il est relativement facile de procéder à ce genre de déductions ; on permet ainsi l'extension d'une responsabilité qui devient en fait, sinon en droit, objective²¹³. La faute n'étant plus requise que formellement, les juges et les jurés se contentent souvent de peu pour favoriser le demandeur²¹⁴.

Prosser voit dans cette maxime la source de confusions et d'incertitudes : il constate toutefois qu'elle est largement appliquée et la caractérise comme suit²¹⁵ : 1) l'événement dommageable doit être tel qu'il ne s'en produit *généralement* ou *ordinairement* pas de pareil si quelqu'un n'a pas été négligent. 2) Il doit avoir été causé par une « agency » ou une « instrumentality » exclusivement contrôlée par le défendeur. 3) Il doit ne pas être dû à une action volontaire ou à une contribution fautive de la part du demandeur. On y a parfois ajouté que les moyens de preuve devaient être plus facilement accessibles au défendeur qu'au demandeur.

La maxime s'applique dans des espèces où des faits doivent être appréciés de façon très générale²¹⁶ et où il n'est pas possible d'arriver à la conclusion que l'auteur a été négligent par des inférences directes. Ainsi les faits devront-ils présenter un certain caractère de typicité et pouvoir être interprétés d'après l'expérience commune (common experience ; common knowledge) que les causes physiques du genre de celles qui ont provoqué l'accident ne surviennent ordinairement pas en l'absence de « négligence ». Il faut qu'à part la vraisemblance de la « négligence » du défendeur, les autres causes possibles de l'accident soient écartées comme peu vraisemblables ou impossibles ; la proportion est donc double. L'accident doit plus vraisemblablement résulter de la négligence du défendeur que d'un comportement diligent et la négligence être la cause la plus vraisemblable à l'exclusion des autres causes possibles. Si la vraisemblance est forte, la « négligence » sera inférée, à condition toutefois que l'événement fût évitable par l'application de mesures raisonnables et qu'il existât un « duty » de l'empêcher : les témoignages d'experts sont souvent indispensables pour fonder l'inférence. Si les conditions d'application de la maxime sont établies, le tribunal pourra

²¹² FR-FR, §§ 12.03 (1), 12.03 (9) (a).

²¹³ *Id.* § 12.03 (8) ; Harper and James II, p. 1080.

²¹⁴ Ehrenzweig, *Negligence*, p. 1423.

²¹⁵ Prosser, *Torts*, p. 217 ; Harper and James II, p. 1074.

²¹⁶ *Id.*, p. 1076.

admettre ou rejeter librement que le défendeur a été négligent (permissible inference)²¹⁷ ; c'est la pratique dominante. On a jugé aussi que l'application de la maxime créait simplement une présomption de la « négligence » du défendeur et qu'elle ne faisait que renverser le fardeau de la preuve.

Dans le domaine de la « products liability », au-delà des multiples questions posées par la technique judiciaire, variable d'un Etat à l'autre, la présence d'un *défait* dans le produit facilite le recours à l'inférence de « négligence », surtout quant à dires d'expert, on aurait pu prendre des mesures pour le découvrir et l'éliminer. Il arrive même qu'on déduise de l'accident la présence d'un défaut qui ne peut plus être prouvé parce que l'objet a été détruit par exemple (circumstantial evidence) et qu'en suite par inférence, on admette au second niveau une négligence du fabricant.

II. — « NEGLIGENCE » ET RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS.

Généralités : la « privity ».

Bien que les tribunaux appliquent les règles générales que nous avons résumées, il importe toutefois de préciser leurs effets car la relation fabricant-public comporte des particularités, principalement en ce que la production et la consommation sont fonctionnellement rattachées l'une à l'autre et que la première est destinée à produire des effets dans le public ; le droit ne peut pas ne pas en tenir compte.

La « négligence » en matière de produits a mis du temps à s'imposer comme une source importante de responsabilité. Cela vient de ce que depuis 1842²¹⁸, la jurisprudence avait observé un « rule » selon lequel les devoirs assumés dans le cadre d'un contrat par un vendeur ou un fabricant absorbaient ou excluaient tous ceux qui auraient pu être rattachés par ailleurs à leur activité. L'obligation contractuelle concentrait et spécialisait, en faveur de l'autre partie et à l'exclusion des tiers les devoirs des fournisseurs. Ainsi, au principe de la relativité des conventions qui empêche les tiers d'invoquer à leur profit la violation du contrat, s'ajoutait l'idée que si une obligation contractuelle avait pris naissance, aucune autre, même délictuelle, ne pouvait subsister concurremment : c'était une application particulièrement stricte de la notion de « duty of

²¹⁷ FR-FR § 12.03 (8), p. 335 ; Keeton, 20 Syracuse L.R. (1969), p. 563.

²¹⁸ Winterbottom v Wright, *supra* notes 41 et 201.

care » qui sert de base à la « négligence ». Du fait que le débiteur assumait par contrat une obligation particulière, il ne se justifiait pas d'en laisser subsister d'autres, indépendamment du contrat, attachées aux mêmes faits. Une fois de plus la prévisibilité, avec toutes ses difficultés, était sous-jacente : le défendeur ne devait pas être rendu responsable pour plus que ce à quoi il s'était obligé et qu'il avait par conséquent prévu en assumant l'obligation contractuelle. Ce raisonnement se comprend aisément en matière purement contractuelle et il suit logiquement la notion même de contrat comme relation particulière entre deux sujets de droit ²¹⁹.

Il a été repris extensivement par une application que Prosser ²²⁰ considère comme erronée de l'arrêt *Winterbottom v. Wright* ²²¹ dans lequel on avait écarté l'action en dommages intérêts du passager d'un coche contre celui qui l'avait réparé, pour les dommages subis dans un accident dû à la « négligence » du réparateur. Dès lors l'action en « négligence » dépendait aussi de la « privity of contract » dans tous les cas — ils constituaient pratiquement la règle — où l'auteur était lié contractuellement.

Toutefois les arguments contre le maintien de cette doctrine étaient forts : comment accepter que le fabricant vendant ses produits à un revendeur, la vente à un tiers n'était pas prévisible ? Comment admettre que si on avait conclu un contrat, on était libéré de toute obligation d'observer une conduite évitant raisonnablement de mettre en danger des tiers ? L'argument « politique » des tenants de la « privity » qui voulaient protéger l'industrie en plein développement du XIX^e siècle contre les hasards de responsabilités trop lourdes, admis par les tribunaux si peu juridique qu'il fût, s'affaiblissait à mesure que cette protection apparaissait moins nécessaire. Aussi des exceptions apparurent-elles avant l'avènement du XX^e siècle ²²² : a) Le défendeur répond des dommages causés par un produit « imminently dangerous » s'il n'en a pas averti l'acheteur, même si la victime est un tiers. b) Le fabricant ou le vendeur d'un « imminently dangerous product intended to preserve, destroy, or affect human life » répond du dommage qui en résulte envers les tiers.

Cette exception s'appliquait ainsi aux aliments, aux remèdes, aux armes à feu, aux explosifs, etc. Les dérogations au principe ne devaient pas tarder à s'étendre au point de renverser la règle : l'étape détermi-

²¹⁹ FR-FR § 5.01, p. 15 ss.

²²⁰ Prosser, *Torts*, p. 659.

²²¹ *Supra*, N 41.

²²² FR-FR § 5.02, p. 17-18.

nante fut, en 1916, l'arrêt *Mc Pherson v. Buick Motor Co*²²³ : le demandeur avait été blessé et sa voiture endommagée dans un accident causé par la rupture d'une roue défectueuse ; la voiture avait été achetée chez un revendeur et le défendeur n'était pas lié par un contrat à M. Mc Pherson. La roue avait été fabriquée par un sous-traitant. Le juge Cardozo, partant apparemment de l'idée qu'une voiture n'est pas « *inherently dangerous* », posa le principe que : « *if the nature of a thing is such that it is reasonably certain to place life and limb in peril when negligently made, it is then a thing of danger* »²²⁴. Le principe se trouvait ainsi posé que le fabricant est le sujet d'un devoir *positif* de diligence raisonnable indépendamment d'un contrat. L'exception l'a aujourd'hui emporté sur la règle dans les Etats-Unis²²⁵ : « *The duty is one imposed by the law, because of the defendants affirmative conduct, which he must know to be likely to affect the interests of another* »²²⁶.

Au-delà de la diversité des termes, on peut admettre avec Prosser²²⁷ que l'exigence d'un danger inhérent ne signifie rien d'autre que la menace d'un dommage substantiel si le produit est défectueux, peu importe sa nature. Mc Pherson ne posait la règle nouvelle qu'en faveur du dernier acheteur, mais le principe s'étendit à ses employés, d'autres usagers, la famille, des acheteurs ultérieurs, et même de simples « *bystanders* »²²⁸. Le « *duty* » est dû à quiconque peut raisonnablement être dans le voisinage de l'usage probable du produit et être menacé s'il est défectueux ; ainsi un fabricant d'autos est responsable envers un piéton blessé parce que la voiture a un défaut²²⁹.

Le « *Restatement of Torts* », § 395, reconnaît le principe²³⁰.

L'obstacle de la « *privity* » étant écarté, nous pouvons aborder maintenant l'application des règles de la « *negligence* » à ceux qui fournissent des biens au public.

A. — « *Negligence* » de ceux qui fournissent des biens au public ; « *misrepresentation* ».

La « *negligence* » supposant la violation d'un devoir de diligence (« *breach of duty* ») il importe de définir ce dernier généralement : *tous ceux qui fournissent des biens à autrui* ont le devoir de ne pas leur trans-

²²³ 111 NE 1050 (1916).

²²⁴ Cité par FR-FR, p. 19.

²²⁵ FR-FR § 5.03, p. 23 et suppl. 1972, p. 4 ss. ; Prosser, *Torts*, p. 660-661.

²²⁶ Prosser, *ibid.*

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Id.*, p. 663, N 56 ; FR-FR § 5.03 (1) (c) avec des références.

²²⁹ *Id.*, p. 30-2 ss. *Gaidry Motors v Brannon*, 268 SW 2d 627 (1953).

²³⁰ Prosser, *Torts*, p. 663, N 58.

mettre un objet pour quelque usage que ce soit, s'ils savent ou doivent savoir que l'objet est déraisonnablement dangereux pour cet usage, et que le danger ne sera probablement pas reconnu ou éliminé par le récipiendaire. Le « duty » n'est pas forcément observé du seul fait qu'on donnerait avis du danger. Prosser indique généralement que quand des biens sont vendus par une personne à une autre, il est aujourd'hui bien établi que le vendeur a le devoir d'observer la diligence d'un homme raisonnable de prudence ordinaire en veillant à ce que les biens ne causent pas de dommage à l'acheteur.

Ce devoir, tandis qu'il naît avec le contrat, ne s'identifie pas avec l'obligation contractuelle, mais fait partie de la responsabilité générale, « sounding in tort », qui est imposée par le droit à quiconque est avec autrui dans une relation telle que son « affirmative conduct » en affectera les intérêts. La définition des devoirs spécifiques d'un fournisseur implique qu'on précise ces formules ²³¹.

Pour systématiser, on peut distinguer trois grands groupes ; le dommage résulte :

1) d'un vice dans la conception, la production et la fabrication, les avertissements et les instructions se rapportant au produit. Ici le point commun est le produit et son conditionnement ;

2) d'une « misrepresentation », c'est-à-dire que les dangers résident avant tout dans les croyances erronées que suscitent ceux qui fournissent des biens ; la source de la responsabilité est moins directement attachée au produit lui-même ;

3) de la remise à des personnes manifestement incompétentes de produits réclamant une certaine habileté ou des connaissances ou précautions spéciales ; cette situation ne présente pas d'éléments vraiment particuliers ; aussi ne la mentionnons-nous que pour mémoire.

Le premier groupe est le plus important, nous le traiterons plus loin. Notons ici pour le second groupe que la « *misrepresentation* » peut porter sur les qualités promises ou sur des dangers dissimulés (non disclosure). Il faut que l'auteur ait su ou dû savoir que ses affirmations étaient inexacts et dû prévoir qu'elles induiraient autrui à s'exposer à des dangers déraisonnables. Dans les cas où la « *misrepresentation* » est intentionnelle (fraud), la responsabilité sera *a fortiori* admise, et la réparation souvent plus étendue, en ce que les dommages purement commer-

²³¹ *Id.*, p. 648-670, avec une abondante casuistique ; Harper and James II, p. 1540.

ciaux sont couverts sans exception et des dommages-intérêts *punitifs* alloués au demandeur dans les cas de dol ou de grossière négligence ²³².

Les conditions de la « negligent misrepresentation » sont à rapprocher de celles des « warranties ». La différence essentielle est que pour les secondes on ne se préoccupe absolument pas de la faute possible du défendeur, tandis que pour la « negligent misrepresentation », elle est la condition de la responsabilité. Elle peut consister dans le fait d'avoir consciemment trompé autrui, mais sans l'intention de lui causer un dommage, ou d'avoir dit des choses que l'on croyait exactes parce qu'on n'avait pas exercé la diligence suffisante pour s'assurer de la vérité de ses dires. Cette responsabilité n'est pas forcément limitée à ceux qui ont reçu la déclaration. Dans nombre de juridictions, elle protège tous ceux qui peuvent raisonnablement être affectés et mis en danger : ainsi le vendeur d'un objet dangereux répond sur la base d'une « negligent misrepresentation » envers tous ceux qui sont victimes de son utilisation parce qu'ils se trouvaient dans le voisinage du destinataire de l'affirmation inexacte ²³³. La « misrepresentation » peut consister dans une omission également : sans vanter la sécurité du produit, le vendeur ne dévoile pas des caractéristiques ou des défauts dangereux qu'il connaît ou doit connaître ²³⁴. On peut considérer que la « negligent misrepresentation » est généralement reconnue comme source de responsabilité pour les dommages à la santé et à la propriété ; le problème des intérêts économiques purs est encore controversé quand le dol est absent. Mais la tendance à accorder réparation de la lésion d'intérêts purement économiques sans atteinte à la propriété se renforce ²³⁵ comme en matière d'« express warranty » sans « privity » ²³⁶.

B. — *La responsabilité du fabricant en « negligence ».*

Le cadre général des devoirs du fabricant envers le public est défini par le § 395 Restatement of Torts 2 d de la façon suivante :

« Par. 395. « Negligent Manufacture of Chattel Dangerous Unless Carefully Made. »

A manufacturer who fails to exercise reasonable care in the manufacture of a chattel which, unless carefully made, he should recognize as involving an unreasonable risk of causing physical harm to those

²³² 64 Michigan L.R. (1966), p. 1354-1355.

²³³ FR-FR § 17.02, p. 4-7.

²³⁴ Prosser, *Torts*, p. 181, 708 ss., 712.

²³⁵ *Id.*, p. 720.

²³⁶ Voir *infra*, p. 114 ss.

who use it for a purpose for which the manufacturer should expect it to be used and to those whom he should expect to be endangered by its probable use, is subject to liability for physical harm caused to them by its lawful use in a manner and for a purpose for which it is supplied. »

On a fait ressortir trois phases dans le processus de production en général : celle de la conception, de l'établissement des plans et des calculs du produit ; celle de la fabrication proprement dite ; celle enfin du conditionnement du produit, de sa présentation au public, et des aver-tissements qui doivent lui être, s'il y a lieu, donnés.

1. « *Negligent design.* »

La première phase de la production des biens est celle de la conception technique, du « design » pour reprendre un terme américain.

C'est un des moments décisifs pour juger si le fabricant a, pour ne pas mettre en danger la vie, la santé et les biens d'autrui, observé la diligence et fait preuve de la compétence qu'on peut raisonnablement attendre de lui. Le § 398 du Restatement prescrit :

« Par. 398. — Chattel Made Under Dangerous Plan or Design. A manufacturer of a chattel made under a plan or design which makes it dangerous for the uses for which it is manufactured is subject to liability to others whom he should expect to use the chattel or to be endangered by its probable use for physical harm caused by his failure to exercise reasonable care in the adoption of a safe plan or design. »

La question n'est pas tant celle du danger en soi, mais celle du danger évitable par une juste utilisation des connaissances techniques : ainsi on ne reprochera pas au fabricant d'une hache que son produit soit coupant, à celui d'un bâton de dynamite qu'il explose, etc.²³⁷ Le degré de précautions techniques et de diligence se mesure d'après l'usage attendu et prévisible du produit²³⁸. L'appréciation dépend dans ce domaine de critères très variables suivant le produit incriminé. Il faut éviter de voir un défaut dans la conception du produit toutes les fois qu'on aurait pu renforcer la sécurité de son emploi ou de partir de l'idée que tout produit pouvant de par sa conception technique causer un dommage est défectueux. La prévisibilité sert de mesure pour la diligence du fabricant, associée comme toujours à la « reasonableness » : « it is not in itself

²³⁷ Harper and James, p. 1541-1542.

²³⁸ Prosser, *Torts*, p. 668-669.

negligence to supply a certain type of material which is reasonably safe and customarily used, though other materials might conceivably be safer... the issue is one of reasonableness » ²³⁹.

Toutefois la diminution de coût obtenue par le choix d'un matériel bon marché par exemple, même pour un modèle « économique », ne doit pas aller au-delà des limites de la sécurité. La prévisibilité doit être comprise dans la perspective de quelqu'un du métier, soit d'un expert dans son domaine : « a person who undertakes to manufacture an instrumentality for use by others will be held to an expert's knowledge of the arts, materials and processus relating to this product » ²⁴⁰. Il doit aussi se maintenir au courant des connaissances et découvertes scientifiques touchant son activité et des pratiques de la branche de l'industrie où il travaille. Il doit tester ses produits pour en déceler les dangers ²⁴¹. Le degré de précaution est une fois encore fonction de la probabilité du dommage, de sa gravité et de leur rapport avec la charge que représente la précaution si elle doit effectivement éviter le danger. Il faut distinguer selon que le danger est latent ou manifeste. Si l'usager doit se rendre compte du danger et partant s'en protéger, les mesures de précaution pourront être moindres. Encore faudra-t-il que le danger puisse être *apprécié* comme tel par l'usager ou les tiers ; et même ainsi, la négligence n'est pas forcément exclue, si le danger est tel que le fabricant devait s'abstenir de mettre le produit sur le marché dans cet état, indépendamment de tous les avertissements ou de l'évidence du risque (cf. plus loin 3. Avertissement). Dans cette hypothèse, la question sera : est-ce que malgré le caractère manifeste du danger (ou les avertissements) les usagers seront exposés à un risque déraisonnable ? ^{241 bis} Il peut donc y avoir, le cas échéant, un devoir de prévoir des sécurités et des protections spéciales (safety devices) contre les dangers déraisonnables même évidents, créés pour ceux qui sont dans son voisinage, par l'utilisation du produit.

L'usage prévisible ne doit pas être interprété trop étroitement non plus ²⁴². Il n'est pas imprévisible au sens du droit que l'on se mette debout sur une chaise pour changer l'ampoule d'un lampadaire, qu'on croque un grain de café, qu'on porte une robe de cocktail en faisant la

²³⁹ FR-FR § 7.01 (4), p. 111 ; Keeton, 20 Syracuse L.R. (1969), p. 574 ; S.I. Case v Sandefur, 197 NE 29, 519 (1964), cité par FR-FR 7.01 (4), p. 110.8.

²⁴⁰ FR-FR, p. 110.7, citant Pipe Welding Supply Co v Gas Atmospheres, 201 F Supp. 191 (1961).

²⁴¹ Harper and James, p. 1541.

^{241bis} Pour une hypothèse semblable, voir dans la jurisprudence suisse ATF 95 (1969) II 132, 140.

²⁴² *Id.*, p. 1546. Liste d'exemples dans Prosser, *Torts*, p. 668 et FR-FR § 5.03 (1), p. 30.5 ss.

cuisine, etc. ; en revanche la conception du produit n'est pas négligente si elle est inadaptée à un mésusage patent. Des problèmes délicats sont apparus dans les situations limites ; le dommage causé par le produit était-il ou non couvert par le « duty » de concevoir un « safe design » ou résultait-il de faits qui sortaient du cadre de la protection, des effets d'un usage raisonnablement prévisible ? Dans une espèce où un enfant s'était blessé contre un ornement dépassant du radiateur d'une voiture parquée, et avait perdu un œil, la Cour écarta la demande contre le fabricant disant qu'il n'avait pas envers la victime le devoir de fabriquer une voiture qu'il était sans danger de heurter ²⁴³. La question s'est reposée en 1966 pour une voiture prétendument mal conçue : dans une collision latérale, un conducteur fut tué, parce que, selon les demandeurs, le châssis se composait de poutres en X et privait ainsi le conducteur ou son passager de toute protection latérale : la demande fut écartée parce que, entre autres arguments, il n'y a pas un devoir de fabriquer des voitures qui résistent aux accidents ; les collisions ne font pas partie de l'usage prévisible, même si on peut en prévoir la possibilité ; aussi n'y a-t-il pas de devoir de construire des châssis rectangulaires ²⁴⁴. Une autre espèce où le demandeur reprochait au fabricant de ne pas empêcher ses véhicules de dépasser la vitesse où ils sont encore stables et sûrs, fut également tranchée en faveur du fabricant ²⁴⁵.

Mais un jugement au sens apparemment contraire fut rendu en 1968 ²⁴⁶. Le demandeur fut blessé lors d'une collision frontale par le recul prononcé de la colonne de direction qui frappa sa tête. Ce recul était plus considérable que sur des voitures comparables d'autres marques. Le demandeur ne prétendait pas que ce fût la cause de l'accident, mais bien la cause de la *gravité* particulière de ses blessures. La défense était celle qu'on vient de voir dans Hatch et Evans. La Cour décida ici que les collisions font partie des risques inclus dans l'usage prévisible des voitures ; aussi serait-il irréaliste d'admettre la prétention du fabricant qu'il construit des voitures qui ne doivent en aucun cas être impliquées dans des collisions. La sécurité fait partie de ce que le fabricant doit prendre en compte ; et il ne doit pas dessiner ses plans de façon que les collisions aient des effets particulièrement graves. Il doit au moins faire preuve de la « reasonable care » qui lui permet d'atténuer autant que possible l'effet d'une collision, dans la mesure compatible avec les règles

²⁴³ Hatch v Ford Motor Co, 329 P 2d, 605 (1958).

²⁴⁴ Evans v General Motors, 359 F 2d, 822 (1966).

²⁴⁵ Schemel v General Motors, 261 F Supp. 134 (1966), 334 F 2d 802 (1967), 390 U.S. 945 (1968).

²⁴⁶ Larsen v General Motors, 391 F 2d 495 (1968).

de l'art. C'est une négligence que de laisser subsister des risques évitables sans sacrifice déraisonnable. L'arrêt *Mickle v. Blackmon*²⁴⁷ a adopté ce point de vue.

A côté de l'usage normal du produit, il faut aussi que l'utilisateur soit « normal » : les allergies exceptionnelles ne peuvent pas être imputées au fabricant ; il en irait autrement s'il avait dû prendre en considération des allergies connues comme assez fréquentes, particulièrement en matière de cosmétiques où des tests préalables sont possibles²⁴⁸. En application du principe déjà noté dans les généralités, l'observance des usages de la profession en matière de « design » n'est pas en soi concluante bien que des précautions moindres que celles usitées soient souvent un indice de négligence²⁴⁹.

La question plus particulière des mesures visant spécialement à la sécurité des usagers ou des tiers est importante aussi ; il s'agit alors moins de la conception du produit pris pour lui-même, que de ce qu'on peut lui ajouter pour en diminuer les risques : à côté de l'exigence que le « design » ne conduise pas à des dangers latents, le fabricant peut être tenu de compléter le produit par des protections visant à écarter les dangers reconnus : les parties mobiles de tels appareils mécaniques auraient pu être couvertes d'un treillis et la blessure du lésé ne serait pas survenue ; le tambour d'une essoreuse pouvait être fermé ; l'exutoire d'une tondeuse à gazon muni d'un écran pour empêcher que des objets solides soient projetés au loin, etc. La pratique se renforce qui impose des protections spéciales (safety devices) même contre les dangers évidents et reconnus par le lésé (obvious and appreciated) selon l'idée qu'on peut toujours être inattentif quelques secondes, sans pour autant se voir imputer une faute concomitante. Le fabricant pourra être négligent de n'avoir pas prévenu le risque quand cela était faisable sans inconvénient déraisonnable²⁵⁰.

On remarquera sur un plan plus pratique que la « négligence in design » se caractérise par le fait que la preuve y est relativement facile pour le demandeur : la conception et le plan d'un produit sont des réalités durables, qu'on peut facilement connaître ; l'écoulement du temps ne joue pas de rôle et ils dépendent entièrement du fabricant. Ils ne peuvent pas être mis en doute, tandis qu'un défaut de construction ou de fabrication peut être confondu avec une usure normale, le résultat d'un usage

²⁴⁷ 166 SE 2d, 173 (1968) ; cf. FR-FR § 7.01 (3).

²⁴⁸ Harper and James, p. 1546 ; Prosser, *Torts*, p. 668.

²⁴⁹ FR-FR § 7.01 (4), p. 112.

²⁵⁰ *Id.* § 7.02.

inadéquat ou encore la conséquence de la négligence d'un intermédiaire (revendeur, entrepositaire) ou d'un tiers (réparateur).

2. *Défauts venant d'un vice de construction ou de fabrication* (miscarriage in the manufacturing process).

Les fondements de la responsabilité pour les défauts résultant d'une négligence dans le processus de fabrication proprement dit ne diffèrent pas de ce que l'on a déjà vu. Toutefois l'utilité du produit peut nécessiter et justifier une conception technique comportant certains risques. Le vice apparaissant dans la *production*, au contraire, *diminue l'utilité* et la valeur du produit, si on ne tient pas compte de la perspective particulière du fabricant qui pourrait ne plus trouver d'intérêt économique à produire à cause du coût que l'élimination totale des défauts entraînerait ²⁵¹.

On peut remarquer d'autre part avec Harper and James que pour le « design », un avertissement adéquat peut souvent atténuer la responsabilité du fabricant, tandis qu'en matière de défauts de fabrication il s'agit plutôt d'éliminer le risque que d'en avertir ²⁵². Il ne faut toutefois pas accorder à ces distinctions trop d'importance.

Les juristes américains ne consacrent pas beaucoup d'efforts à classifier les défauts selon leur origine dans le processus de fabrication : le fait que la responsabilité pour les employés ne soit pas affectée selon que le vice provient de la négligence d'un organe ou d'un employé ou ouvrier l'explique ²⁵³.

On peut ramener le devoir du fabricant à deux éléments de base : diligence dans la fabrication ; contrôles raisonnables pour découvrir les défauts qui auraient quand même pris naissance (reasonable skill and care in the process of manufacturing and reasonable inspections or tests to discover defects) ²⁵⁴.

L'essentiel du devoir du fabricant est de prévenir le défaut en premier lieu, puis le cas échéant de le détecter pour éviter de mettre en circulation un produit défectueux. Le seul problème délicat reste celui de la possibilité pratique de prévenir ou de découvrir le défaut particulier qui a causé le dommage ²⁵⁵ puisque la responsabilité dépendra par définition du caractère « répréhensible » de la conduite du fabricant : on ne peut

²⁵¹ Harper and James, p. 1558.

²⁵² *Id.*, p. 1540.

²⁵³ Prosser, *Torts*, p. 470 ss.

²⁵⁴ Harper and James, p. 1557.

²⁵⁵ *Id.*, p. 1559.

reprocher à quelqu'un de ne pas avoir fait quelque chose d'impossible. Ainsi dans un premier temps le fabricant devra, pour éviter un défaut, choisir son matériel soigneusement, le tester s'il y a lieu avant de l'incorporer ; le devoir est le même pour le choix des fabricants de pièces à incorporer (cf. *Mc Pherson v. Buick* ²⁵⁶ : la roue défectueuse avait été fabriquée par un sous-traitant de Buick ²⁵⁷).

Il devra deuxièmement contrôler ses produits d'une façon diligente et adéquate. L'absence de tests, ou le recours à des tests peu appropriés ou insuffisants sont considérés comme une négligence.

Les espèces offrent de nombreux exemples où un contrôle à la sortie de la chaîne de fabrication aurait fait apparaître des défauts latents, aussi bien de fabrication que de construction pour reprendre les termes de Lorenz ²⁵⁸. Ainsi les pailles dans les pièces de métal peuvent être découvertes par une inspection optique attentive ou par un examen aux rayons X. En leur absence, le défendeur a été considéré comme négligent dans une espèce datant de 1961 ²⁵⁹.

Le devoir de contrôler se renforce avec l'usage attendu du produit s'il est susceptible d'affecter la santé ou la propriété : ainsi d'un crochet métallique à l'usage d'ouvriers travaillant au-dessus du sol et destiné à empêcher leur chute ²⁶⁰. Il ne suffit pas non plus toujours de faire des tests et des contrôles sur des échantillons prélevés dans la série : ils laisseraient en principe échapper la plupart des défauts de fabrication selon la terminologie de Lorenz. De même des tests en soi irréprochables seront taxés de négligents s'il n'est pas tenu compte des conditions particulièrement dures dans lesquelles le produit pourra être utilisé (basse pression pour des aciers par exemple ²⁶¹ ou variation de climat et de sol modifiant les effets d'un désinfectant pour les pêchers) ²⁶².

Le jury peut toutefois retenir que les tests les plus soigneux n'auraient pas révélé le défaut et que leur omission ne peut pas entraîner la responsabilité du fabricant faute de relation de cause à effet. Le problème des risques impossibles à découvrir et à prévenir est ainsi posé ²⁶³.

²⁵⁶ *Supra*, note 223.

²⁵⁷ FR-FR § 9, p. 188.

²⁵⁸ Cf. *supra*, p. 19 ss.

²⁵⁹ *Woodworkers Tool Works v. Byrne*, 191 F 2d, 667, cité par FR-FR § 6.01 (1), p. 63.

²⁶⁰ *O'Connell v. Asplundh Tree Expert*, 99 A 2d 577 (1953), cité par les mêmes auteurs, p. 65.

²⁶¹ *Foley v. Pittsburgh-Des Moines*, 68 A 2d 517 (1949), cité de même p. 67.

²⁶² *Ebers v. General Chemical*, 17 NW 2d 176 (1945).

²⁶³ Voir *infra*, p. 118 ss.

C'est une question particulièrement délicate et curieusement peu discutée : quand la science et la technique n'offrent pas de moyen de contrôle, le fabricant pourra-t-il se libérer par l'avertissement que son produit peut causer un dommage ? faut-il au contraire le charger d'une responsabilité stricte parce que son produit est alors « ultra-hazardeux » ²⁶⁴ ?

Les réponses variables données à ces questions sont aujourd'hui partiellement résolues dans l'optique de la responsabilité stricte soit délictuelle soit en « warranty ». Toutefois malgré les simplifications qu'amène la responsabilité indépendante de la négligence, la *qualification des défauts* au sens large continue à poser des problèmes semblables. Les explosions de bouteilles de boissons gazéifiées (exploding bottles) ²⁶⁵ illustrent la complexité de ces questions : il n'est pas possible de contrôler préventivement toutes les bouteilles de boissons minérales avant leur remplissage de même qu'on n'en peut contrôler la pression interne ensuite. Or, si le verre souffre d'un défaut dont les causes peuvent varier largement ou si le gaz est trop comprimé, les risques d'une explosion avec les blessures qui peuvent l'accompagner sont considérables : et pourtant on ne pouvait pas les éliminer complètement en dépit d'une absence complète de négligence.

Répétons enfin qu'en matière de contrôle la pratique d'une branche de l'industrie n'est pas concluante de la négligence ou de la diligence : la véritable question réapparaît : la pratique correspond-elle aux exigences de la « due and reasonable care » ²⁶⁶ ?

3. *Négligence dans les avertissements au public* (negligent warning).

Cette catégorie est proche de celle des « misrepresentations » avec la nuance que le devoir d'avertir incombe principalement au fabricant, tandis que la « misrepresentation » est en fait applicable surtout aux vendeurs qui ne fabriquent pas eux-mêmes les produits qu'ils fournissent.

L'étendue du devoir d'avertir croît sans cesse avec la complication des produits et le recours à des techniques avancées, même pour les objets d'usage courant. Le devoir d'avertir (duty to warn) du fabricant est indépendant de l'existence d'un défaut au sens strict ²⁶⁷ ; il prend naissance même quand les produits sont exactement ce qu'ils doivent être. Comme pour la manufacture ou la conception technique du produit, le fabricant doit avoir toutes les connaissances nécessaires à l'exercice de

²⁶⁴ FR-FR § 16.03 (4) (a) ; § 6.01 (1), p. 70.2 ; § 3.

²⁶⁵ *Id.* § 26.

²⁶⁶ Exemples dans FR-FR § 6.01 (1), p. 61-70.1.

²⁶⁷ *Id.* § 6.01 (1), p. 65.

son activité ; il doit connaître son produit, ses composants, ses propriétés comme un expert²⁶⁸.

Il n'importe pas seulement qu'il avertisse, mais encore qu'il *informe* sur les composants de ses produits (par exemple pour un produit de ménage toxique : si un enfant en ingère malgré l'avertissement figurant sur le produit lui-même, les soins ne pourront être efficaces que si le médecin ou le chimiste sait ce que le produit contient)²⁶⁹.

On comprendra que les fabricants, pour des raisons commerciales, ne désirent pas toujours, soit donner la formule de tel produit, soit attirer l'attention sur ses dangers. Leur devoir de ne pas exposer autrui à des dangers déraisonnables doit toutefois l'emporter sur ce genre de considérations²⁷⁰.

L'étendue de ce devoir est fonction de l'usage prévisible du produit et des risques qui l'accompagnent. La prévisibilité intervient deux fois : au niveau de ce que le lésé a fait du produit ; à celui de la lésion qui s'en est suivie. Cet usage n'a pas besoin d'être le plus évident ou le plus adéquat, il suffit qu'il soit raisonnablement prévisible. Les juges des cours d'appel et des cours suprêmes sont souvent divisés dans les litiges portant sur un manquement au devoir d'avertir : voici quelques espèces où le devoir d'avertir et partant une négligence ont été admis : le défendeur a fourni au demandeur, un professeur de chimie, un nécessaire avec de nombreuses bouteilles étiquetées contenant des produits pour des expériences scolaires : par mesure de précaution toutefois il mit de l'eau dans le flacon marqué kérosène, pour éviter un accident pendant le transport par la poste du colis ; il se trouve que le kérosène sert à conserver le sodium qui s'oxyde rapidement au contact de l'air et encore plus de l'eau. On imagine aisément la suite : le professeur faisant des expériences avec du sodium fut grièvement blessé et brûlé quand il le mit en contact avec le soi-disant kérosène²⁷¹. Ou encore : après s'être oint la poitrine d'une pommade, et avoir refermé son pyjama, le demandeur voulut allumer une cigarette. Un morceau de l'allumette embrasée tomba sur le pyjama et les vapeurs de l'onguent prirent aussitôt feu avec une grande intensité. La Cour déclara que le fabricant avait manqué à son devoir de signaler les propriétés combustibles du produit²⁷².

²⁶⁸ *Id.* § 8.01, p. 146-147.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 148.

²⁷⁰ Cf. § 397 Restatement of Torts 2d.

²⁷¹ FR-FR § 8.03 (2) (c), p. 151-152. *Pease v Sinclair Refining*, 104 F 2d 183 (1939).

²⁷² *Martin v Bengue*, 136 A 2d, 626 (1957).

Quant aux personnes à qui le « duty » s'étend, elle peuvent être des tiers lésés directement ou indirectement par le fait de l'usager ou de l'acheteur non averti ²⁷³.

Le fait que le danger soit évident dispense en principe, avec les restrictions déjà évoquées plus haut, le fabricant de les signaler. Encore faut-il qu'il ait pu et dû être apprécié comme tel. Le fait est que même si un produit de nettoyage ou de peinture n'est pas censé pénétrer dans les yeux, quand ses effets sont particulièrement dangereux pour les tissus vivants, il importe d'en donner avertissement ²⁷⁴.

Les modes d'emploi (directions for use) visent spécialement l'utilisation efficace du produit, tandis que les avertissements portent sur ses dangers potentiels ²⁷⁵.

Que les premières soient parfaitement adéquates et complètes n'empêche pas que les seconds puissent être nécessaires ²⁷⁶. Les avertissements doivent être libellés de façon à attirer l'attention. L'espèce *Maise v. Atlantic Refining Co* ²⁷⁷ donne un exemple intéressant : l'emballage portait sur tous ses côtés et bien en évidence les mots « safetykleen » tandis qu'en petits caractères sous « caution » on recommandait de ne pas respirer de vapeur du même produit et de l'utiliser seulement dans des endroits bien aérés. Le tribunal a considéré comme insuffisante cette façon de faire. Elle crée d'autant plus de risques que sous l'influence du mot « safety », l'usager aura tendance à négliger complètement la « caution » en petits caractères ²⁷⁸. A la forme de l'avertissement doit aussi correspondre une intensité suffisamment parlante. Son sens doit être facile à saisir pour un public non technicien.

Une abondante législation fédérale réglemente les conditions d'avertissements ; de même dans les Etats. On doit considérer ces textes comme des normes minimum qui ne remplacent en principe pas l'application de la « common law » ²⁷⁹. Comme le « duty to warn » dépend de la possibilité pour le fabricant de connaître le risque inhérent à l'usage de son produit, il peut prendre naissance *après* la distribution du produit dans le public, parce que la technique et la science ont progressé depuis, ou parce qu'un défaut latent a été découvert. C'est un aspect de la question,

²⁷³ FR-FR § 8.03 (3).

²⁷⁴ *Haberly v Reardon*, 219 SW 2d, 859 (1958).

²⁷⁵ FR-FR § 8.05 (1), p. 162.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 163.

²⁷⁷ 41 A 2d 850 (1945).

²⁷⁸ FR-FR § 8.05 (2), p. 168.4.

²⁷⁹ *Id.* § 8.07 (1), p. 175.

que nous traiterons plus loin²⁸⁰, des risques impossibles à connaître (unknownable risks).

Il suffit présentement de savoir que le fabricant est tenu de faire connaître le plus largement ce risque, s'il ne lui devient connu qu'après qu'il a répandu le produit dans le public (continuing duty to warn). Ce devoir vise n'importe quel danger ; qu'il résulte du plan ou d'un défaut de fabrication. Il a été jugé que la communication au revendeur ne suffisait pas, mais qu'elle devait atteindre directement tous les usagers : le système de freinage d'une série de voitures fonctionnait mal²⁸¹.

C. — La responsabilité des vendeurs en « negligence ».

La négligence du fabricant n'est pas seule à rendre compte des dangers et des dommages qui sont liés au produit. On aura remarqué qu'en matière de « warranty », c'est d'abord comme *vendeur* que le fabricant a pu être mis en cause. Pour des raisons de fait évidentes, le comportement négligent du vendeur sera moins souvent pertinent : il ne participe pas à la conception ni à la production des biens et il n'est souvent pas beaucoup mieux placé que le public en général pour contrôler et comprendre les risques qui accompagnent les produits. Il est d'autre part en relation directe avec le consommateur et les règles contractuelles lui sont alors applicables.

Il n'en reste pas moins que sa négligence engage sa responsabilité. Elle consiste le plus souvent dans le défaut d'avertissement adéquat sur des dangers qui lui sont connus, ou l'inexactitude d'instructions pour l'usage du produit.

Quant au contrôle de la marchandise, le détaillant n'y est pas tenu comme le fabricant ; c'est d'autant plus vrai que les produits sont souvent sous emballage scellé. On considère qu'il peut s'en remettre au fabricant. N'étant qu'un canal entre le fabricant et le public, il n'est en principe pas responsable des défauts des produits. Une minorité considère cependant qu'il est tenu de faire les vérifications qui ne requièrent pas d'enquête particulière ou spécialisée²⁸². Cette compétence est plus étendue pour les vendeurs qui sont installateurs ou « finisseurs » et leur responsabilité plus facile à fonder.

Les vendeurs ne doivent pas représenter à tort que leurs produits sont sûrs et sans danger pour l'usage prévisible.

²⁸⁰ Cf. *infra*, p. 118 ss.

²⁸¹ *Comstock v General Motors*, 99 NW 2d 627 (1959).

²⁸² FR-FR § 18.03 (1) (a), p. 460.8.

²⁸³ *Harper and James* §§ 28, 29.

En fait le détaillant doit répondre de sa négligence pour des éléments qui ne sont pas directement attachés à la production proprement dite des biens. Il n'en est pas ainsi en « warranty » ni en « strict liability in torts »²⁸⁴, où la responsabilité est causale.

Quant aux revendeurs intermédiaires, les grossistes, etc., leur responsabilité est en général traitée comme celles des détaillants, avec cette réserve qu'ils sont encore moins exposés, de fait, à se voir reprocher des négligences.

Deux situations particulières doivent être signalées : — quand le détaillant est pratiquement identifié avec le fabricant, la responsabilité pourra être étendue, comme si la distinction purement juridique des personnes n'existait pas²⁸⁵ ; — il en sera de même si un revendeur présente des produits sous son propre nom et apparaît ainsi comme un fabricant (ostensible manufacturer)²⁸⁶.

D. — *Les autres responsables possibles ; la faute concomitante.*

1. *Les fabricants de parties composantes.*

On ne voit pas pourquoi ils ne répondraient pas de leur négligence quand bien même leur produit doit être incorporé dans un autre avant la distribution commerciale. Leur responsabilité n'exclut pas celle du constructeur de l'ensemble si ce dernier peut se voir imputer à faute de n'avoir pas découvert le vice de la partie composante, et inversement, si le second devait découvrir le vice, le premier n'est pas libéré pour autant²⁸⁷.

2. Les fabricants qui utilisent des *pièces composantes venant d'autres entreprises* (assemblers of parts) répondent des défauts dans ces pièces s'ils devaient les découvrir. Ils répondent aussi, même sans faute propre, s'ils apparaissent comme les fabricants de produits faits entièrement dans d'autres entreprises²⁸⁸. Quand le fabricant du principal délègue au revendeur des opérations de finition, quelques arrêts le rendent responsable pour la négligence du second ; il en est de même quand la partie composante est défectueuse sans que le fabricant de l'ensemble encoure le

²⁸⁴ Voir *infra*, p. 100 ss.

²⁸⁵ FR-FR § 18.01 (2), p. 454.2.

²⁸⁶ Harper and James, p. 1594 ; FR-FR *id.*, p. 453 ; § 10, § 22.01 (1) et (2).

²⁸⁷ FR-FR § 9.01.

²⁸⁸ *Id.* § 10.02, p. 194, § 400 Restatement of Torts 2d.

moindre reproche. Mais les solutions ne sont pas encore nettement établies ²⁸⁹.

3. Il faut enfin évoquer le *fait du lésé lui-même* et la part de responsabilité propre qui peut lui être attachée.

C'est le problème de la « contributory negligence » qui recouvre notre faute concomitante, avec cependant des effets plus nets au détriment du lésé qui perd dans la plupart des juridictions tout droit à la réparation ²⁹⁰. Elle peut intervenir parce que le lésé ne découvre pas un défaut ; parce qu'il s'expose volontairement à un risque dont il est conscient pour avoir découvert le défaut ; parce qu'il n'a pas fait du produit un usage normal.

Dans la première situation, il est rare que la faute concomitante soit retenue car on ne saurait exiger du laïc qu'il ait les connaissances du fabricant ou du vendeur ²⁹¹. Il n'est pas tenu à des contrôles poussés des produits et peut s'en remettre aux compétences et à la diligence du fabricant ²⁹².

On parle dans la deuxième situation d'« assumption of risk ». Si le lésé a découvert le défaut et en a apprécié les dangers inhérents, il est déchu de ses droits s'il n'en tient pas compte et s'y expose délibérément ²⁹³.

En « negligence » comme en « warranty », le produit ne saurait engager la responsabilité des fournisseurs s'il cause un dommage quand il est utilisé à des fins extraordinaires ou imprévisibles ²⁹⁴.

4. Les problèmes posés par le concours de négligences (du fabricant, du vendeur ou de tiers) ne présentent rien de spécifique dans notre domaine ²⁹⁵.

²⁸⁹ Pour plus de détails cf. FR-FR §§ 9 et 10 et le suppl. au vol. I 1972, p. 64 ss.

²⁹⁰ Voir généralement Prosser, *Torts*, § 67 ; Westphalen, *Die Haftung...*, p. 133 ss.

²⁹¹ FR-FR § 13.02, p. 346.1 ss.

²⁹² *Id.* § 13.03.

²⁹³ *Id.* § 14.

²⁹⁴ *Id.* § 15.

²⁹⁵ *Id.* §§ 11.04 (4) et 46.01

CHAPITRE III

LA « STRICT LIABILITY IN TORTS »

GÉNÉRALITÉS.

Dans le chapitre précédent la responsabilité reposait sur un *comportement* du fabricant qui, se manifestant à travers une propriété dangereuse du produit, rendait compte du dommage et fondait la responsabilité. Le jeu des présomptions de procédure pouvaient amener à une responsabilité *pratiquement causale* ²⁹⁶.

Nous avons abandonné l'examen de la « warranty » sans « privity » en disant qu'elle avait perdu son caractère contractuel et s'était transformée en une sorte d'institution autonome rendant le fabricant responsable de par la loi indépendamment de sa volonté et de sa faute. Il s'agissait déjà d'une responsabilité *causale*, de caractère ambigu.

Le terrain était bien préparé pour qu'on franchisse encore un pas et qu'on présente de façon nouvelle les règles déjà instaurées en fait ²⁹⁷.

Prosser estime que depuis que la « negligence » pouvait être invoquée par les lésés contre un fabricant ou un vendeur, sans « privity », il fallait s'attendre à ce qu'on recherche une voie nouvelle, indépendante même de la « negligence » et de la faute qu'elle implique, pour faire du fabricant un garant de la sécurité de ses produits, quelle qu'ait été sa diligence. Cette affirmation repose sur l'exemple de ce qui c'était produit depuis le début du siècle en matière de « warranty » pour les aliments corrompus ou altérés ²⁹⁸. Cette tendance a reçu l'appui de la majorité des auteurs ²⁹⁹ qui y voyaient deux justifications principales : les difficultés matérielles rencontrées dans la *preuve* de la « negligence », jointe au fait que dans la plupart des ventes par des grossistes ou des détaillants, il n'y a tout simplement pas de « negligence » du tout.

²⁹⁶ Voir *supra*, p. 81 ss.

²⁹⁷ Prosser, *The Fall*, p. 79 et ss.

²⁹⁸ Id. *Torts*, p. 671-672.

²⁹⁹ Id., p. 673 N 41.

Il s'agissait de consacrer ouvertement une situation acquise en jurisprudence³⁰⁰.

Dans la mesure en effet où elle est « implied in law », la « warranty » n'est même plus une condition tacite, une volonté présumée des parties (implied in fact) : elle est une obligation *légale* ; elle naît et produit ses effets par la vertu du droit objectif. Comme elle ne dépend plus du contrat non plus pour l'étendue de ses effets, qu'elle lie des sujets de droit sans rapport préalable, elle se détache aussi, dans une perspective formelle, du contrat. Elle présente ainsi des caractéristique nouvelles l'apparentant à un devoir tout général, à preuve la fréquente nullité des exonérations dont l'existence et l'étendue sont déterminées par des règles de droit objectif. Aussi ne faut-il pas s'étonner de trouver sous la plume de Prosser ce souhait : « ... there is no need to borrow a concept from the contracts law of sale ; and it is only by some violent pounding and twisting that warranty can be made to serve the purpose at all. Why talk of it ? If there is to be strict liability in tort, let there be strict liability in tort, declared outright, without an illusory contract mask. » Le même Prosser, rapporteur à la commission qui rédige le *Restatement of Torts 2d* a certainement poussé à l'adoption du § 402 A qui consacre la responsabilité sans faute de tous ceux qui fournissent des biens au public usager ou consommateur. Des dispositions parallèles, les § 402 B et 552 D, ont été introduits pour la « misrepresentation » sans faute³⁰¹.

I. — SOMMAIRE DES PRINCIPES ET DES MOTIFS.

On se souviendra que la « warranty » sans « privity » était apparue en matière de nourriture dès 1913³⁰², puis s'était appliquée de temps à autre à d'autres produits. Dès 1944, dans une opinion concurrente³⁰³, le juge Traynor avait développé la théorie qui devait s'affirmer 19 ans plus tard³⁰⁴ dans le même état de Californie. Cette opinion concurrente du juge Traynor présente pratiquement tous les arguments qu'on a avancés pour justifier la généralisation de la « strict liability in tort », seize ans avant qu'Henningsen consacre la « warranty sans privity », sans la limiter à des catégories spéciales de produits. Aussi la reprendrons-nous brièvement puisqu'elle donne le catalogue des motifs reconnus plus tard

³⁰⁰ Cowan, *Some policy...*, p. 1084 ss. ; 64 Columbia L.R. (1964), p. 922.

³⁰¹ *Infra*, p. 113 ss. Prosser, *The Assault*, p. 1114.

³⁰² *Mazetti v Armour*, 135 P 2d 633 (1913).

³⁰³ *Escola v Coca Cola Bottling*, 150 P 2d 436 (1944).

³⁰⁴ *Greenman v Yuba Product*, 377 P 2d 897 (1963).

comme essentiels par nombre de tribunaux et d'auteurs. Les faits de la cause étaient les suivants : la demanderesse, une sommelière, avait été blessée par une bouteille fermée de Coca-Cola qui avait explosé dans sa main.

Rien ne montrait que la bouteille eût subi des traitements de nature à la fêler entre le moment où elle avait quitté l'usine de remplissage et l'accident. La majorité des juges trancha en faveur de la demanderesse, sur la base d'une négligence du fabricant, établie par l'application de la maxime « *res ipsa loquitur* »³⁰⁵. Bien que d'accord avec le dispositif, le juge Traynor voulait le fonder sur d'autres motifs dont voici l'essentiel : un fabricant encourt une *responsabilité absolue* (absolute) quand un article qu'il a mis sur le marché sachant qu'il serait utilisé sans inspection, se révèle avoir un défaut qui cause des dommages aux êtres humains³⁰⁶ cela parce que :

a) La « public policy » veut que la responsabilité soit fixée là où elle va le plus efficacement contribuer à réduire les menaces à la vie et à la santé inhérentes aux produits défectueux qui parviennent sur le marché. Il est évident que le fabricant peut prévoir certaines risques ou en prévenir la réapparition tandis que le public en est incapable.

b) Les victimes sont en général surprises et sans protection contre les conséquences du défaut dans les produits. Ce peut être pour elle un malheur très grand et inutile en définitive, puisque le fabricant peut s'assurer contre le risque de sa responsabilité et le coût en être distribué dans le public avec les autres dépenses de l'entreprise (as a cost of doing business).

c) Il est dans l'intérêt du public que les produits défectueux n'atteignent pas le marché. S'il s'y parviennent quand même, ce même intérêt public demande que la responsabilité en incombe au fabricant ; même s'il n'a pas été négligent, c'est lui qui les a fait diffuser sur le marché.

d) Même si l'apparition des dommages est intermittente et paraît souvent dépendre du hasard, le risque de leur survenance est constant et général. Contre lui, il faut une protection constante et générale que le fabricant est le mieux à même de fournir.

e) Le dommage causé par un défaut ne devient pas indifférent parce qu'il ne résulte pas d'une négligence du fabricant, mais d'une autre cause comme la négligence d'un sous-traitant pour une partie composante ou

³⁰⁵ Cf. *supra*, p. 81 ss.

³⁰⁶ Escola, p. 440 et ss.

d'un défaut impossible à découvrir ou même d'une cause inconnue qui ne permettrait pas l'application de la maxime « *res ipsa loquitur* » ; sans parler des difficultés pour le demandeur de découvrir chez le fabricant la cause du défaut dans ce genre d'espèce.

f) L'application de cette maxime qui laisse au jury le soin de décider comme d'un *fait* l'existence d'une négligence est une voie inutilement détournée (needlessly circuitous) qui passe par la négligence pour imposer ce qui en définitive constitue une « strict liability ». Si l'intérêt public exige qu'un fabricant réponde de la qualité des biens sans égard à une négligence, il n'y a pas de raison de ne pas qualifier cette responsabilité ouvertement.

g) Certains « statutes » imposent une responsabilité pénale sans qu'une faute soit prouvée. Il en résulte une responsabilité civile sans faute (negligence per se). Si en matière pénale, on peut se passer de faute, a fortiori peut-on faire de même en responsabilité civile. Le fait que seuls les aliments entraînent l'application de ces règles ne doit pas dissimuler que d'autres produits peuvent, en cas de défauts, causer des dommages tout aussi graves.

h) Le raisonnement « a fortiori » peut s'appliquer encore dans la mesure où le détaillant, souvent aussi mal placé que le public pour tester et juger de la qualité des produits, en répond indépendamment de toute faute (warranty).

i) La « warranty of safety » n'est pas forcément contractuelle et on admet que le détaillant ne doit pas la supporter sans recours : aussi peut-il se retourner contre le vendeur précédent et ainsi de suite jusqu'au fabricant. Mais ce procédé est inutilement détourné, et multiplie les instances judiciaires, avec les coûts et les pertes de temps qu'elles entraînent.

j) La responsabilité du fabricant comme vendeur (warranty contractual) est en principe limitée au co-contractant. Or, ce dernier s'il est revendeur est une des personnes dont on peut affirmer qu'elles n'utiliseront pas le produit : si donc la « warranty of safety » doit servir à protéger la santé et la sécurité de quelqu'un, ce sera par définition celle d'un tiers au contrat.

Il serait aberrant d'admettre que le fabricant n'encourt de devoir et de responsabilité qu'en faveur de son acheteur (Mac Pherson).

k) La « warranty » et sa responsabilité sans faute sont appliquées aux tiers pour la nourriture ; or d'autres produits sont tout aussi dangereux, quand ils sont défectueux.

l) Pour étendre au-delà de la « privity » les effets de la « warranty », on a recours à des fictions. Or, ces fictions sont inutiles si on accepte de séparer complètement « warranty » et contrat, et qu'on reconnaît son caractère de source délictuelle d'obligations. On peut alors parler de « breach of warranty in tort ». Les « warranties » nées de la loi (implied in law) sont indépendantes de la volonté des parties : elles sont quasi contractuelles ou quasi délictuelles dans la pratique qui permet de les faire valoir selon les deux actions.

m) Le commerce moderne a rompu le lien direct entre fabricant et consommateur. Les fabricants utilisent souvent des formules secrètes de fabrication. Aucun contrôle serré par l'acheteur n'est possible. Et pourtant toute la politique de publicité des entreprises suscite directement la *confiance*. Le fait que l'intervention d'un intermédiaire soit inévitable ne doit pas priver le consommateur de ses moyens de défense.

n) Dans la mesure enfin où le détaillant n'est qu'un canal, il n'est pas expédient de lui imposer une responsabilité, fort onéreuse malgré les recours qu'il peut avoir, qui devrait être attachée par définition à la production.

Il est exceptionnel de trouver un inventaire aussi clairvoyant, exhaustif et explicite des justifications avancées pour l'instauration d'une responsabilité causale délictuelle en matière de produits défectueux. Certains de ces arguments devront pourtant être repris plus loin : on remarquera que le § 402 A du Restatement ne distingue pas la situation du revendeur de celle du fabricant (cf. p. 105 ss). Prosser quant à lui regroupe en trois catégories principales les arguments qui ont été reconnus et appliqués par les tribunaux :

a) L'intérêt général à la vie et à la sécurité requiert la protection la meilleure possible que le droit puisse donner contre les défauts dangereux dans les produits que le public doit acheter et contre lesquels il ne peut se protéger lui-même. Il requiert ainsi qu'on impose à tous ceux qui fournissent ces biens une pleine responsabilité pour les dommages qu'ils causent, même s'ils ont fait de leur mieux.

b) Le fabricant, en mettant ses biens dans le commerce, représente qu'ils conviennent à l'usage et sont sans danger. Il fait par ailleurs tout ce qu'il peut au niveau de la présentation du produit pour renforcer cette impression. Il y voit le moyen d'assurer l'écoulement de ses articles, et il a raison. L'intermédiaire n'est le plus souvent qu'un canal, un élément mécanique par lequel la chose vendue doit parvenir au dernier usager. Le fabricant ayant conseillé et provoqué l'usage, il ne doit pas être admis à

éviter la responsabilité en disant qu'il n'a pas eu de relations contractuelles directes avec le consommateur.

c) Les moyens classiques d'invoquer une responsabilité stricte par une série d'actions en cascade, contre le détaillant et successivement contre tous les vendeurs jusqu'au fabricant, par voie de recours, perdent du temps, sont coûteux et hasardeux à cause des risques d'exonération de garantie à un niveau ou à un autre, à cause de l'insolvabilité possible d'un des membres de la chaîne, ou encore à cause de la prescription qui menace toujours plus à mesure qu'on remonte la chaîne ³⁰⁷.

II. — LES PREMIERS ARRÊTS ET LE PARAGRAPHE 402 A RESTATEMENT.

Il est intéressant de remarquer que dans la Cour californienne qui trancha 19 ans après *Escola v. Coca-Cola* l'espèce *Greenman v. Yuba Products* ³⁰⁸ le juge Traynor siégeait encore et que c'est lui qui a rédigé le rapport qui est devenu l'opinion de la Cour. Frumer et Friedmann la qualifient comme la plus importante dans le domaine de la « products liability » depuis *Mac Pherson*, avec *Henningsen* qu'elle prolonge ³⁰⁹.

Les faits : Mme Greenman avait acheté pour son mari un outil à usages multiples (« combination power tool » : scie, meule, perçoir, etc.) Son mari faisait des travaux sur un morceau de bois lorsque une pièce destinée à le maintenir se rompit : la pièce de bois le frappa en plein visage. Les motifs reprennent parfois textuellement l'opinion dissidente du juge Traynor dans *Escola v. Coca-Cola* pour conclure : « the manufacturer is *strictly liable in tort* when an article he places on the market, knowing that it is to be used without inspection for defects, proves to have a defect that causes injury to a human being. » Le défaut de l'outil résidait dans sa construction qui en faisait un objet dangereux. L'arrêt *Vandermark v. Ford* ^{309 bis} rendu en 1964 par la même Cour sur des faits très semblables à ceux d'*Henningsen*, confirmait *Greenman* et étendait au revendeur la « strict liability in tort ».

A la même époque, les rédacteurs du « Restatement », probablement sous l'impulsion de Prosser, élaboraient le nouveau texte du paragraphe 402 A du « *Restatement of Torts* » 2 d :

³⁰⁷ Prosser, *Torts*, p. 673-674 ; *The Assault*, p. 1122.

³⁰⁸ *Supra*, note 295.

³⁰⁹ § 16 A (1), p. 3-173.

^{309bis} Cf. N 311 ci-dessous.

TOPIC 5. STRICT LIABILITY.

Par. 402 A Special Liability of Seller of Product for Physical Harm to User or Consumer.

1. One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if
 - a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and
 - b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.
2. The rule stated in Subsection (1) applies although
 - a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and
 - b) the user or consumer has not bought the product for or entered into any contractual relation with the seller.

Le commentaire officiel du § 402 A du « Restatement » présente un grand intérêt, en ce qu'il donne non seulement les motifs (qu'on a évoqués ci-dessus) mais qu'il définit les notions mises en œuvre et les conditions d'application de la règle.

Les *sujets* de la responsabilité sont tous ceux qui vendent des biens professionnellement, soit le fabricant et tous les revendeurs à titre professionnel ; y compris par exemple le tenancier d'une salle de cinéma qui vend des glaces à l'entr'acte. Le vendeur occasionnel d'objets usagés n'en fait pas partie.

« Defective condition » (comment g) : c'est la pierre angulaire de tout le système et sa définition pose encore de nombreux problèmes que nous aurons l'occasion de reprendre plus loin³¹⁰. Elle est caractérisée ainsi « ... where the product is, at the time it leaves the seller's hands, in a condition not contemplated by the ultimate consumer, which will be unreasonably dangerous to him... Safe condition at the time of delivery by the seller will, however, include proper packaging, necessary sterilisation, and other precautions required to permit the product to remain safe for a normal length of time when handled in a normal manner. »

³¹⁰ Cf. *infra*, p. 117 ss.

La sécurité de la consommation et de l'usage normaux excluent le défaut au sens du § 402 A. Le danger peut venir de causes très différentes : du produit lui-même, de son conditionnement, de son emballage (bouteilles par exemple). Il doit être « unreasonable ». Partant de l'idée que pratiquement n'importe quel produit peut être dangereux, ne serait-ce que par les excès des consommateurs (alcool), il faut un critère qui est celui-ci : « ... dangerous to an extent beyond that which would be contemplated by the ordinary consumer who purchases it with the ordinary knowledge common to the community as to its characteristics » : le whisky n'est pas dans cette catégorie, si malade qu'il puisse rendre, ni le beurre, bien qu'il favorise le cholestérol, etc.

Le danger peut enfin provenir non du produit lui-même, mais de l'insuffisance des avertissements et des prescriptions d'usage, entraînant une « defective condition ».

Ne doivent pas être considérés comme « defective » les « unavoidably unsafe products » : ce sont ceux dont l'usage voulu et habituel, dans l'état actuel des connaissances, est inséparable de certains risques. C'est le cas de très nombreux produits pharmaceutiques en particulier. Les rédacteurs du « *Restatement* » estiment que, dans la mesure où ils sont préparés correctement et le cas échéant, accompagnés d'un avertissement adéquat, ces produits ne doivent pas entraîner la responsabilité de leurs fournisseurs s'ils causent des dommages. L'utilité l'emporte ici sur le risque défini alors comme inévitable et raisonnable.

Sont *protégés* tous ceux qui entrent dans le voisinage du produit, qu'ils l'utilisent pour eux ou pour autrui (le réparateur d'une voiture ou la cuisinière qui prépare le repas). L'usage purement passif suffit (passager d'une automobile ou d'un avion). Toutefois le pur « bystander » n'est ni inclus ni rejeté : les rédacteurs veulent laisser la question ouverte.

Le retentissement de Greemann, Vandermark³¹¹ et du § 402 A fut considérable. Le mérite de la nouvelle doctrine était avant tout de simplifier et de clarifier une situation que l'ambiguïté de la « warranty » avait considérablement compliquée. Elle permettait de laisser totalement de côté la « privity », la confiance (reliance), l'avis immédiat des défauts, les exonérations de garantie pour ne citer que les difficultés les plus évidentes. Elle laissait cependant ouvertes les questions de la nécessité d'une vente, de l'étendue de la réparation en cas de dommages purement économiques, et enfin celle du « bystander ».

³¹¹ Vandermark v Ford Motor Co, 291 P 2d 168 (1964) ; cf. FR-FR § 16 A (1) et 2).

III. — LA PORTÉE DE LA NOUVELLE DOCTRINE.

A. — L'avènement de la « strict liability in tort » si important qu'il puisse être au niveau des notions mises en œuvre, ne modifie pas fondamentalement les résultats obtenus par l'application de la « warranty » autonome. On a désormais complètement abandonné les notions contractuelles là où il n'y a pas de contrat, mais la substance des obligations que le vendeur-fabricant assume reste définie selon ce qui avait été acquis sous le régime des « warranties »³¹².

Le juge Traynor lui-même aura l'occasion en 1965 dans l'arrêt *Seely v. White*³¹³ de porter le même jugement. Sous lettre m) le commentaire du « *Restatement* » (§ 402 A) indique que cette disposition peut être appliquée aussi bien sous la dénomination de « warranty » que de « strict liability in tort ». Toutefois, grâce à l'élimination des notions contractuelles qui avaient absorbé³¹⁴ la doctrine jusque là dans la mesure où elles rendaient difficile la réparation, la question véritable pouvait mieux apparaître : « When should the manufacturer be responsible to those injured by his products ? »³¹⁵ La « warranty » de son côté peut reprendre tout son sens comme institution du droit des relations commerciales et elle doit continuer à rester appliquée dans ce but précis.

Le fait que la nouvelle doctrine ne bouleversait pas le fond du droit, mais correspondait plutôt à la consécration de principes implicites dans les solutions acquises par la « warranty » sans « privity », favorise sa réception assez rapide dans nombre d'Etats ; l'Illinois (*Suvada v. White*, 1965)³¹⁶ et le Tennessee (*Ford v. Lonon*, 1965)³¹⁷ sont parmi les premiers à avoir adhéré aux principes posés par Greenman. Dans le New Jersey, *Santor v. Karagheusian* va encore plus loin : il couvre de la « strict liability in tort » les dommages économiques que le demandeur subit de par la mauvaise qualité de tapis fabriqués par le défendeur : le dommage n'atteint pas la santé ni d'autres biens du défendeur ; seule la valeur du produit est restreinte du fait du défaut ; mais la description comme « grade Nr. One » du tapis peut faire pencher vers l'admission d'une

³¹² Prosser, *The Fall...*, p. 804-805 ; cf. FR-FR § 16 A (4) (a) et les références.

³¹³ 403 P 2d 145, 150 (1965).

³¹⁴ Westphalen, *Die Haftung...*, p. 120.

³¹⁵ Traynor, *The Ways and Meanings...*, p. 363-365.

³¹⁶ *Suvada v White Motor*, 210 NE 2d 182 (1965).

³¹⁷ *Ford v Lonon*, 398 SW 2d 240 (1966).

« express warranty » ; le problème n'est donc pas abordé dans toute sa netteté (cf. plus loin)³¹⁸.

D'autres Cours se sont contentées d'adopter le § 402 A tout en conservant le terme de « warranty » et en assimilant son sens à celui de « strict liability in tort » comme le commentaire m) au § 402 A le permettait³¹⁹ : « there is nothing in this section which would prevent any court from treating the rule stated as a matter of warranty to the user or consumer... if this is done, it should be recognize and understood that the warranty is a very different kind of warranty from those usually found in the sale of goods, and that it is not subject to the various contract rules which have grown up to surround such sales. »

Il n'en faut pas moins souligner avec Frumer et Friedman³²⁰ que les Cours qui se sont refusées à étendre la « warranty » sans « privity » pour des raisons d'orthodoxie juridique ont désormais un moyen d'instaurer la « strict liability ».

B. — L'avènement de la « strict liability in tort » a laissé ouvertes deux questions particulièrement importantes :

- a) la responsabilité vis-à-vis du « bystander » ;
- b) l'étendue de la responsabilité quant à la nature du dommage subi.

a) *Les personnes protégées.*

On se souviendra qu'en matière de « warranty sans privity », il n'avait pas généralement paru possible de faire bénéficier le « bystander », soit le quidam faisant partie du public en général, lésé par le produit sans avoir avec lui la moindre relation avant l'atteinte à ses intérêts, des règles de la « products liability ». En « negligence », le traitement du « bystander » dépendait de l'étendue du « duty to take reasonable care ». Selon que la « strict liability in tort » est considérée comme l'héritière des « warranties », il sera difficile d'en faire bénéficier le « bystander ». Selon qu'elle est au contraire un perfectionnement de la « negligence », il sera moins difficile de reconnaître qu'elle protège le « bystander ». Bien que les rédacteurs du § 402 A aient refusé d'exprimer une opinion sur ce point, on peut admettre avec Frumer et Friedman que c'est l'extension de la responsabilité qui l'emportera : les décisions dans ce sens ne sont pas encore très nombreuses ; il paraît toutefois conforme aux buts de la « products liability » que celui qui est lésé par l'effet adéquat d'un

³¹⁸ 207 A 2d 305 (1965) ; cf. p. 111 ci-dessous.

³¹⁹ FR-FR § 16 A (3), p. 3-178 et suppl. 1970.

produit défectueux puisse obtenir réparation. Le critère sera celui de la prévisibilité (*foreseeable plaintiff*)³²¹.

Dans *Elmore v. American Motors Corp.*³²², les juges ont affirmé que le « bystander » mérite une protection plus grande que les usagers en ce qu'il n'a aucun moyen de se prémunir contre les risques par des contrôles par exemple.

L'arrêt *Sills v. Massey Ferguson* (1969)³²³ s'appuie sur un autre argument. La raison de la « strict liability in tort » est avant tout que le fabricant est mieux placé pour supporter les pertes causées par les défauts de ses produits que le consommateur ; le « bystander » n'étant pas mieux placé que le consommateur, il doit bénéficier de la même protection que lui (une tondeuse à gazon avait projeté un solide au visage du demandeur).

b) *Le dommage couvert.*

Comme la « warranty » et la « negligence », la « strict liability in tort » couvre les dommages causés aux personnes et aux choses (*physical damage*) qui sont en effet adéquat (*proximately resulting*) de l'usage d'un produit défectueux qu'ils soient directs ou indirects (« incidental » ou « direct » et « consequential »)³²⁴.

Le dommage purement économique soit celui qui survient sans atteinte à la personne ou aux choses (*physical injury*) n'est en général pas couvert en « negligence »³²⁵ : la responsabilité dépend en effet du caractère *dangerous* du produit défectueux. Prosser indique que « this variance in treatment is said to reflect a general tort principle that economic interests are not entitled to protection against mere negligence »³²⁶. On peut considérer ce principe comme encore en vigueur.

Les « warranties » *contractuelles* en revanche permettent la réparation du préjudice économique : simple moins value du produit (*loss of bargain*). Le défaut empêche le fonctionnement de l'objet, mais sans accident le détruisant en partie ou totalement ; le coût de la réparation est couvert. A ces exemples de « direct economic loss » il faut ajouter le « consequential economic loss », soit les gains manqués à cause de l'inutilité du produit.

³²¹ *Id.* § 16 A (4) c, p. 3-208 ss., 210 N 9, 1 citant *Sills v. Massey-Ferguson*, 296 F Suppl. 776 (1969) et *Lamendola v. Mizell*, 280 A 2d 241 (1971).

³²² 451 P 2d 84 (1969).

³²³ Cf. N. 311.

³²⁴ Voir *supra*, p. 51 ss. ; FR-FR § 16 A (4) (f).

³²⁵ *Seely v. White*, 403 P 2d, 145, 151 (1965).

³²⁶ *Torts*, p. 663 ; 66 Columbia L.R. (1966), p. 930.

Les « implied warranties » sans « *privity* », parce qu'« implied by law » s'arrêtent en revanche à la même limite que la « negligence »³²⁷, tandis que les représentations expresses, en revanche, permettent, même sans « *privity* », la réparation du dommage économique³²⁸. Les motifs sont en effet les mêmes : le danger sert de point d'attache à la responsabilité³²⁹. La seule exception se trouve dans l'espèce *Continental Copper and Steel Industry v. E.C. « Red » Cornelius*³³⁰ (1958 : l'installateur d'un câble électrique souterrain défectueux obtint réparation du fabricant pour les frais que lui avait imposés la pose d'un nouveau câble).

Ainsi donc, en règle générale, la « strict liability in tort » ne peut s'appuyer sur les doctrines qui l'ont précédée pour s'étendre à la réparation du dommage économique pur. Un arrêt déjà mentionné³³¹, *Santor* (1965), a franchi le pas. Le fabricant d'un tapis désigné comme « number one grade » vendu par un tiers au demandeur, a dû lui verser la moins value résultant de défauts qui ne menaçaient ni la santé si les biens. La Cour estima qu'en matière de « warranty » sans « *privity* » la règle posée dans l'arrêt *Randy Knitwear* (cf. « express warranty » sans « *privity* »³³²) valait aussi pour les « implied warranties » et que le dommage purement économique était couvert. Et parallèlement elle indique que le résultat serait le même en « strict liability in tort », la présence du produit sur le marché impliquant une représentation qu'il est non seulement « *safe for use* » mais aussi qu'il est « *suitable for the intended use* »³³³. Il semble bien ici qu'on ait passé au-delà de l'assimilation reçue plus généralement de la « warranty of safety » avec un devoir sanctionné par le droit délictuel : on lui assimile une « warranty » de nature plus nettement contractuelle, celle de la « *suitableness* ». Le sens de « *defective* » recouvre complètement celui d'« *unmerchantable* » et les restrictions quant aux *dangers* sont abandonnées. Il faut toutefois remarquer que le prix de l'objet, irrelevant quand les personnes ou les choses sont menacées par le défaut, devient un facteur d'appréciation ici : si un produit inférieur à la qualité courante est vendu à bas prix, il pourra ne pas être « *defective* » dans la perspective de la « *suitableness* ».

³²⁷ 66 Col. L.R., p. 949.

³²⁸ FR-FR § 16 A (4) (f), p. 3-207.

³²⁹ Col. L.R., p. 935.

³³⁰ *Supra*, note 129.

³³¹ *Supra*, note 318.

³³² *Supra*, p. 60 ss.

³³³ 207 A 2d 305, p. 311.

L'arrêt *Seely v. White*³³⁴ rendu par le juge Traynor en Californie en 1965, juste après le précédent, refuse absolument d'adopter ce point de vue, s'il n'y a pas d'« express representation ». M. Seely avait acheté une machine agricole affectée d'un défaut qualifié dans la profession de « galloping ». Le fabricant s'obligeait par ailleurs à réparer d'éventuels défauts. Malgré de nombreux efforts, le « galloping » ne put être éliminé ; et Seely eut même un accident dans lequel l'engin fut abîmé.

Il demanda réparation de tout le dommage en invoquant une « express warranty » pour la *moins value* de l'objet et les *gains* qu'il avait *manqués* à cause du défaut (« incidental » et « consequential damages economic ») et la « strict liability in tort » pour le *dommage causé par l'accident* (« property damage »). La Cour lui donna entièrement raison et précisa que le dommage économique n'est pas couvert par la « strict liability in tort ». Le juge Traynor distingua les deux moyens : la personne et les choses doivent être protégées par des règles générales, contre les produits défectueux, pour des raisons connues, la principale étant que le fabricant est le mieux placé pour prévenir et le cas échéant supporter les conséquences d'un vice dans ses produits en distribuant le risque parmi les acheteurs comme un autre coût de l'entreprise (enterprise liability). Ce point étant acquis, les « warranties » n'en ont pas moins conservé leur fonctions première, soit dans le cadre des contrats commerciaux, de régler les relations entre fournisseur de biens et consommateur. On ne les a écartées que là où elles avaient fait faillite, soit pour les « physical injuries » (aux personnes et aux choses). Pour le surplus les parties peuvent régler selon les règles des contrats leurs obligations réciproques, qualité et prix notamment, d'après les circonstances et les besoins. Une opinion dissidente du juge Peters préconise au contraire l'application de la doctrine de Santor et considère comme arbitraire la distinction entre le dommage résultat d'un « accident » dû à un défaut, couvert, et celui purement économique, causé par le même défaut qui a été découvert à temps. Selon lui, les arguments tirés de la différence de puissance économique entre fournisseurs de biens et public vont dans le sens de la protection du second, quelle que soit la nature du dommage qu'il subit. Il faut ainsi assimiler « defective » en « strict liability in tort » et « unmerchantable » en « warranty » contractuelle. Cette extension de la responsabilité causale n'a pas eu d'écho notable. La solution la plus satisfaisante paraît celle suggérée dans une note³³⁵ anonyme : la règle du § 402 A Restatement devrait couvrir le dommage purement économique quand « a product in a defective condition unreasonably

³³⁴ Cf. note 313 *supra*.

³³⁵ 66 Columbia L.R. (1966), p. 949.

dangerous to the consumer or his property causes *solely* economic loss to the consumer ». L'étendue de la responsabilité ne dépendrait ainsi pas seulement de la *survenance d'un accident* mais de l'*état dangereux*, ce qui est moins choquant et moins arbitraire.

C. — Quant aux autres éléments que nous avons évoqués pour la responsabilité en « warranty » et en « negligence » ils ne sont pas profondément modifiés. Le fait que la responsabilité soit causale simplifie la tâche du demandeur quand il a le choix entre plusieurs défendeurs dont l'un seulement aurait été négligent. Elle allège le fardeau de ce qu'il doit prouver, notamment quand il n'est pas certain qu'il y ait eu négligence dans l'entreprise défenderesse³³⁶. Les présomptions de fait n'ont d'intérêt que pour l'existence du défaut, ce qui allège la procédure et diminue ses hasards.

Les moyens de défense à une action en responsabilité sont en principe les mêmes que dans les autres types de responsabilité avec la nuance que l'avis du défaut n'est pas requis et que la possibilité pour l'usager de découvrir le défaut perd encore de son importance.

Il importe cependant de mettre en évidence une conséquence particulièrement importante : les dispositions de l'UCC restreignent la validité, dans certaines circonstances, des clauses d'exonération de responsabilité ; mais elles ne les écartent pas. Il semble au contraire que la responsabilité causale extracontractuelle ne puisse plus être limitée conventionnellement, parce qu'elle est engagée de par la loi³³⁷, tandis que la « warranty » reste une notion ambiguë.

IV. — LA RESPONSABILITÉ CAUSALE FONDÉE SUR UNE « MISREPRESENTATION ».

Le *Restatement of Torts 2d* consacre en « torts » la responsabilité sans faute du fournisseur de biens telle qu'elle était acquise pour une « express representation » sans « privity ». En voici le texte :

Par. 402 B : Misrepresentation by seller of Chattels to Consumer.

One engaged in the business of selling chattels who, by advertising, labels, or otherwise, makes to the public a misrepresentation of a material fact concerning the character or quality of a chattel sold by

³³⁶ Taylor v Carborundum, 246 NE 2d 898 (1969).

³³⁷ Comment m) ad § 402 A Restatement of Torts 2d ; Prosser, *The Fall...*, p. 833.

him is subject to liability for physical harm to a consumer of the chattel caused by justifiable reliance upon the misrepresentation, even though,

- a) it is not made fraudulently or negligently, and
- b) the consumer has not bought the chattel from or entered into any contractual relation with the seller.

Sous lettre a) la négligence est abandonnée. Le but du rédacteur est d'éliminer le vocable de « warranty » et toutes les difficultés qui s'y rattachent tout en consacrant l'application de la notion nouvelle. Le dommage couvert ici est le « physical harm » qui inclut toute lésion de la santé et des biens tangibles.

Mais les rédacteurs du *Restatement* sont allés plus loin en préparant un paragraphe 552 D qui couvre aussi le dommage purement économique.

Cette règle se comprend par sa parenté avec celle appliquée aux « express representations » des « warranties ». Le « Restatement » ne fait que donner de nouveaux motifs à un résultat déjà acquis par ailleurs, et on ne peut parler d'une extension de la responsabilité du fabricant. Le § 552 D a été appliqué dès avant sa publication dans l'arrêt *Ford v. Lonon* (1966)³³⁸. Le demandeur, un paysan, avait acheté un tracteur qui devait présenter certaines spécifications, sur la base d'un dépliant émis par le fabricant.

Une série de défauts l'empêchait d'en faire l'usage attendu, et il réclama au revendeur et au fabricant les pertes de gain qui en étaient résultées (« consequential damages for the economic loss »). La décision de la Cour est doublement intéressante d'abord parce qu'elle a appliqué le § 552 D, ensuite parce qu'elle a libéré le revendeur et condamné le fabricant qui répondait seul de la « misrepresentation » innocente que son dépliant publicitaire avait provoqué. Le revendeur n'étant qu'un « mere conduit », il n'était pas en cause³³⁹. Les bénéficiaires de cette règle ne sont pas énumérés mais on peut penser que les usagers sont protégés, même s'ils n'ont pas acheté eux-mêmes le produit ; qu'on songe à des locataires par exemple. Des tiers lésés indirectement ne semblent pas pouvoir l'invoquer à leur profit³⁴⁰.

³³⁸ *Ford v Lonon*, 398 SW 2d 240 (1966).

³³⁹ *Id.*, p. 250-251.

³⁴⁰ 66 Columbia L.R., p. 946.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

A. — Sur le plan du droit de fond, il suffira de rappeler que les différentes solutions évoquées ci-dessus sont appliquées simultanément aujourd'hui dans les différents Etats, voire parfois dans un même Etat ; que l'UCC et le *Restatement* n'ont pas éliminé toutes les solutions en vigueur avant eux, même si la responsabilité sans faute est très largement admise, quelle que soit la forme qu'elle ait prise.

B. — Les questions de *preuves* sont importantes ; Keeton ³⁴¹ et Prosser ³⁴² montrent que leur traitement peut avoir plus d'effet sur l'extension de la responsabilité du fabricant que l'évolution du droit de fond.

Si on peut dire avec Cowan ³⁴³ et Prosser ³⁴⁴ que la « strict liability » n'innove pas fondamentalement au niveau des résultats, c'est que la « negligence » pouvait être *inférée* ; dans les cas de « strict liability » (« in tort » ou en « warranty ») la preuve qu'il incombe au demandeur d'établir formellement est pratiquement la même qu'en « negligence » : mais dorénavant les difficultés du demandeur seront surmontées et non seulement en fait, mais aussi en droit, dès qu'il aura prouvé 1) qu'il a été lésé par un défaut dans le produit, et 2) que le défaut existait au moment où le produit a quitté les mains du défendeur ³⁴⁵ ; l'avènement de la « strict liability » lui assure ensuite ce que la maxime « res ipsa loquitur » lui apportait le plus souvent avec des risques et des frais. Il n'en reste pas moins qu'avec la nouvelle doctrine, l'existence d'un défaut dans la fabrication peut être accepté plus ou moins facilement par les tribunaux. Nous avons eu l'occasion de mentionner que dans l'arrêt Henningsen le seul témoignage de la conductrice, qu'elle avait entendu un craquement à l'avant du véhicule juste avant qu'il n'échappe à son contrôle, avait suffi à faire admettre l'existence d'un défaut. Cette marge d'appréciation reste ouverte aux tribunaux dans la « strict liability in

³⁴¹ 20 Syracuse L.R., p. 565.

³⁴² *The Assault...*, p. 1114 ; *The Fall...*, p. 841.

³⁴³ Cowan, 17 Stanford L.R. (1965), p. 1084.

³⁴⁵ Keeton, *op. cit.*, *supra*, note 341, p. 563, 569 ; voir aussi l'intervention du Prof. Fleming au 47. D. Juristentag (1968), Débats, p. 1141.

tort ». Et la rigueur de la responsabilité du fabricant en dépend. « The question of vital importance... and the one on which courts have so often disagreed concerns the kind and quantum of evidence that will be required as a basis for inferring a defect » ³⁴⁶.

Le fait notamment que pour être imputable au fabricant, le défaut doit avoir existé au moment où le produit a quitté ses mains, peut être un obstacle insurmontable, quand il ne s'agit pas d'un « design » défectueux ou d'un avertissement insuffisant, et les tribunaux apprécient si le défaut remonte plus vraisemblablement à l'activité du fabricant qu'à celle d'un tiers.

C. — Le *défaut* est le facteur essentiel. Il convient de déterminer l'importance de sa définition et de circonscrire ce qu'elle couvre. En matière de « negligence » le défaut en soi importe moins que le *comportement* qui en rend compte. C'est la relation du comportement avec le dommage qui prime, le détour par une notion objective précise n'étant le plus souvent pas nécessaire. Les risques impossibles à connaître sont éliminés par définition du champ de la responsabilité.

Dès qu'on parle en revanche de *responsabilité causale* (strict liability), qu'il s'agisse de « warranty » ou de « torts », le problème de la définition ne peut pas être évité. Il faut ancrer la responsabilité à un fait objectif puisqu'elle ne s'attache plus à un comportement. A vrai dire le moyen le plus simple serait de qualifier le produit de défectueux quand il correspond à ce qu'il serait si son fabricant était négligent ; il nous semble que c'est ce qui est arrivé aux Etats-Unis, de par la force de l'habitude, dans tous les cas ne posant pas de problèmes particuliers.

En effet à mesure que l'« implied warranty » sans « privity » s'installait dans la pratique judiciaire, elle perdait son contenu commercial pour se limiter à une *obligation de sécurité* : devenait alors « unmerchantable » ou « unfit for the particular purpose » les produits qualifiés d'« unreasonably dangerous if negligently made » en « negligence ». Mais cette assimilation ne va pas de soi si on s'en tient aux termes utilisés qui permettent aussi bien en « warranty » qu'en « strict liability in tort » un élargissement du fondement objectif de la responsabilité.

Dans une acception large, il y a défaut (defective condition) quand le produit est mal conçu, mal construit ou mal présenté et son fonctionnement ou ses dangers mal expliqués. Keeton fait remarquer ³⁴⁷ que le défaut de construction ou de fabrication s'oppose aux deux autres catégories

³⁴⁶ Keeton, *op. cit.*, *supra*, note 341, p. 563, avec des exemples.

³⁴⁷ *Id.*, p. 562.

parce qu'il survient contre la volonté du fabricant ; sinon le produit est bien tel qu'il a été voulu en soi, mais ce sont les *dommages* qu'il cause qui ne sont pas voulus. Plus largement encore, le défaut est une propriété du produit que le consommateur n'attendait pas et qui le rend déraisonnablement dangereux pour lui ³⁴⁸ ; le défaut est alors qualifié par son résultat. Il arrive même qu'on prenne en considération la menace d'un dommage pécuniaire pur comme dans l'arrêt Santor ³⁴⁹ ou dans l'opinion dissidente du juge Peters ³⁵⁰. On admettra cependant que c'est en principe comme source de *dangers* déraisonnables que le défaut doit être compris dans les trois types de responsabilité que nous avons décrits ; c'est la *sécurité* de l'emploi plutôt que l'utilité du produit qui prime.

Pour les *produits inévitablement dangereux*, le critère n'est toutefois pas suffisant : c'est de la comparaison des avantages et des risques que dépendra la qualification comme défectueux du produit. Si risques et avantages s'équilibrent, le danger n'est plus déraisonnable. Que la responsabilité soit causale ou repose sur une faute, la solution sera la même mais les motifs différents : si dans la seconde perspective il y a « négligence », il y aura défaut dans la première. Pour le surplus dans les deux cas, des avertissements adéquats devront être donnés le cas échéant.

D'une façon générale, quand la responsabilité est indépendante d'une faute, la définition du défaut est d'autant plus importante que le comportement du fabricant n'est en principe pas pertinent : ce dernier répondra toutes les fois qu'un défaut (au sens large) sera admis. Alors que pour les défauts dits de fabrication, on peut se contenter de ce qu'on a déjà vu, quand le produit correspond à ce que le fabricant voulait, des difficultés apparaissent, que la formule soit dangereuse ou les avertissements inadéquats. Le *Restatement* § 402 A définit le défaut par le danger déraisonnable ; pour être déraisonnable, le danger doit apparaître déjà si le produit est traité normalement par l'usager, et qu'il *dépasse ce que le consommateur ordinaire peut prévoir avec les connaissances ordinaires communes à la communauté sur ses caractéristiques* ³⁵¹.

On définit ainsi le défaut en se référant aux connaissances communes. Mais Keeton ³⁵² suggère une approche plus favorable au demandeur qui tend à définir le défaut seulement d'après le dommage qu'il a causé : le fabricant répond selon le principe qu'en mettant le produit en circulation, *il garantit par là même à tout usager qu'il ne souffrira pas de dommage*,

³⁴⁸ Comment g ad 402 A Restatement of Torts 2d.

³⁴⁹ *Supra*, note 333.

³⁵⁰ *Seely v White supra*, note 325.

³⁵¹ Comments h et i ad 402 A Rest.

³⁵² *Supra*, note 330, p. 556.

*s'il utilise le produit de façon appropriée, et conformément aux instructions du fabricant*³⁵³. Qu'on songe pour illustrer ces deux idées aux espèces qui ont opposé des fumeurs atteints de cancer aux poumons aux fabricants de cigarettes. Selon la première construction, le demandeur doit être débouté, parce que les cigarettes ne sont pas considérées comme objectivement défectueuses : elles correspondent à ce que le consommateur ordinaire, avec les connaissances courantes dans la communauté, pouvait attendre. Dans la mesure où le produit, selon la « common knowledge », n'est pas reconnu comme impliquant des dangers déraisonnables *même s'il en comporte en fait de sérieux*, il ne peut pas être considéré comme défectueux, parce que les risques étaient inconnus ou inconnaissables. C'est l'opinion des rédacteurs du Restatement³⁵⁴.

On peut au contraire, selon la seconde construction, imposer une responsabilité au fabricant, en disant que la « strict liability » s'applique toutes les fois que le consommateur subit un dommage, alors qu'il a usé du produit normalement : *l'existence d'un dommage comme effet de l'utilisation normale permet de conclure au défaut*.

Fondamentalement, ces situations posent la question des risques qu'on ne pouvait pas connaître parce que la science et la technique n'étaient pas assez avancées³⁵⁵. La solution est loin d'être certaine : selon que la responsabilité indépendante d'une faute repose sur un devoir objectif de diligence plutôt que sur un risque, la responsabilité sera refusée ; à l'inverse, si c'est le risque qui fonde la responsabilité, l'impossibilité de le connaître n'est plus un obstacle à la responsabilité du fabricant, et le défaut sera admis, même s'il ne s'agit pas d'un « mauvais produit » (bad product) au sens des expectatives reconnues comme normales dans la communauté.

Il faut admettre que ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont établi de critère général et constant. Dans un procès contre le fabricant du MER-29³⁵⁶, la Cour conclut que le risque que le produit MER-29 (qui faisait baisser le taux de cholestérol) donnât la cataracte ne pouvait pas être connu et que la responsabilité *stricte* devait être écartée. Mais dans l'arrêt *Green v. American Tobacco*³⁵⁷, une autre Cour semble admettre le contraire : puisque la responsabilité est stricte, il ne faut pas tenir compte de ce que le fabricant pouvait connaître³⁵⁸.

³⁵³ Voir aussi FR-FR § 16.03 (4).

³⁵⁴ Comment k ad 402 A Rest.

³⁵⁵ Keeton, *supra* note 330, p. 569.

³⁵⁶ *Cudmore v Richardson Merrell*, 398 SW 2d 640 (1966).

³⁵⁷ 154 So 2d 109 (1963).

³⁵⁸ Mêmes parties : 325 F 2d 673 (1963) ; 391 F 2d 97 (1968) ; voir Keeton, 20 Syracuse L.R., p. 567, 571 ; Prosser, *The Fall...*, p. 812 ss.

Keeton estime qu'un fabricant ne doit pas être libéré de la « strict liability » parce qu'il ne pouvait pas connaître le risque inhérent à la formule d'un produit. Si des risques attachés à un produit en font ce qu'on peut appeler un produit objectivement mauvais (bad product), la responsabilité en incombe au fabricant.

Keeton pense en effet qu'il est presque impossible et en tout cas fort onéreux et hasardeux de déterminer si telle formule dangereuse devait être reconnue telle, même à dire d'experts³⁵⁹. Deux procès MER-29 le montrent clairement : dans le premier cas cité³⁶⁰, on déclara en 1966 que le risque ne pouvait pas être connu ; mais en 1968 dans *Toole v. Richardson Merrell*, on reprocha au défendeur de ne pas avoir exercé la « reasonable care » en concevant son produit³⁶¹.

Le débat n'est pas clos et les arrêts spécifiques n'ont pas encore atteint un nombre permettant de dégager une tendance.

Relevons que Prosser³⁶² estime qu'il n'y aura vraisemblablement pas d'extension de la responsabilité causale à des produits avec des dangers inhérents qu'aucun moyen humain n'a pu éliminer (« that no human skill or knowledge has yet been able to eliminate »). Le juge Traynor s'est penché en 1965³⁶³ sur ces problèmes sans vraiment proposer de solution. Toutefois l'idée centrale pour lui de la répartition des risques par le fabricant devrait, nous semble-t-il, conduire à inclure ce genre de dangers dans le champ de la responsabilité.

Keeton considère que dans la mesure où ils sont incontrôlables ces risques doivent précisément être couverts par une responsabilité causale qui leur est spécifiquement appropriée.

Frumer et Friedman pensent que cette question se pose en termes plus politiques que juridiques et qu'il faut veiller à ne pas décourager la fabrication de certains biens très utiles (notamment en médecine : les plasmas sanguins) par la menace d'une responsabilité trop lourde³⁶⁴. Ils distinguent entre la preuve de l'absence de négligence et celle qu'il est humainement impossible de supprimer le danger, même aux prix de grandes dépenses : entrent dans la première catégorie, les situations où la

³⁵⁹ Keeton, 20 Syracuse L.R., p. 570.

³⁶⁰ Cf. note 356.

³⁶¹ *Toole v. Richardson Merrell* 60 Cal. Rptr. 398 (1967). Pour les divers aspects de cette affaire et d'autres jurisprudences mettant en cause le même défendeur, voir FR-FR § 33.01 (4) (7) suppl. 1969 vol. III, p. 8 et ss.

³⁶² *The Fall...*, p. 812.

³⁶³ *Supra*, note 315.

³⁶⁴ FR-FR § 16.03 (4) (a).

production excellente se heurte seulement à des impératifs économiques comme la rentabilité ³⁶⁵.

Les juges du procès *Green v. American Tobacco* qui ont admis le principe de la responsabilité du fabricant de cigarettes pour la période où la connexité entre la pratique du tabac et le cancer des poumons n'était pas connue (les années 1925 et suivantes) développent les arguments que voici résumés :

— Il n'y a pas de différence raisonnable entre l'impossibilité pratique de détecter l'état dangereux d'un produit et l'inaptitude scientifique résultant du manque de connaissances. La base de la responsabilité est l'acceptation de réparer le dommage si la chose n'est pas « merchantable » ; la loi impose cette conséquence à l'activité de distribution librement assumée.

— Le seul critère pour juger si un objet est conforme aux exigences de la sécurité est le résultat de son usage ou de sa consommation, non ce que son fabricant pourrait ou devrait prévoir.

— Admettre que les critères prévalant dans l'industrie remplacent le critère ordinaire de la vérité objective et sont déterminants pour décider si un produit convient raisonnablement à l'usage ou à la consommation par des hommes signifierait transférer à l'acheteur le risque de n'importe quelle défectuosité latente que le développement des connaissances permettrait finalement de découvrir ; ce risque, selon la conviction des juges, devait être attaché, dès l'origine de la doctrine de l'« implied warranty », à l'activité commerciale. Il n'y a pas d'alternative véritable et pas d'objection valable à cette répartition des charges, si on veut protéger effectivement la santé du public contre son exploitation par ceux qui, pour des raisons de profit, entreprennent de lui fournir une variété toujours plus large de produits qu'il est pressé tous les jours d'utiliser et de consommer par les pouvoirs sans précédents de la persuasion commerciale ³⁶⁶.

Sans discuter aussi généralement les motifs d'une responsabilité étendue, l'arrêt *Gottsdanker v. Cutter Laboratories* était arrivé au même résultat en 1960 ³⁶⁷.

D. — La responsabilité du fait des produits apparaît comme un *domaine particulier* du droit de la responsabilité civile. Dans une économie industrielle développée, il apparaît comme suffisamment important — les

³⁶⁵ *Id.*, p. 3-52, 3-53.

³⁶⁶ Arrêt *Green* de 1963, 154 So 2d, p. 170-174.

³⁶⁷ 6 Col. Rptr., 320 (1960) ; FR-FR § 33.02 (2), p. 280.

dommages causés par les produits constituent une charge qui n'est pas négligeable pour l'ensemble de la société — pour que le droit ait fini par le traiter pour lui-même. On peut ainsi discerner une certaine « autonomie » de la « products liability » dans le système américain.

S'il n'est pas possible, dans la variété et la multiplicité des espèces, de faire apparaître *une* origine commune aux dommages, une certaine constance se dégage dans leur manifestation. Le public doit-il les supporter directement ? Au sentiment général chez les juristes américains qu'il faut répondre par la négative, a correspondu une évolution qui, sous la multiplicité parfois déroutante des moyens, tend vers un but unique. En rejetant les règles classiques des contrats aussi bien que celles des délits civils, les tribunaux ont créé un type nouveau de responsabilité qu'on peut qualifier de spéciale. Le fonctionnement de la justice se prêtait admirablement à ce processus, l'absence de textes légaux favorisant la mise en œuvre rapide des idées nouvelles quand les règles reçues paraissaient trop insatisfaisantes et heurtaient le sens de la justice de ceux qui devaient les appliquer. A travers la variété des cas, la constance avec laquelle on a tendu vers une solution nouvelle, même si tous les problèmes ne sont pas encore résolus, sont des éléments de réflexion qu'on ne négligera pas. Elle assure l'observateur qu'il ne s'agit pas d'un hasard législatif, ou d'un enthousiasme momentané, mais bien du résultat de ce qui a été ressenti comme la pression d'une nécessité morale et sociale.

Sous des formulations diverses, l'idée dominante est qu'il faut trouver de nouveaux moyens pour conserver un certain équilibre entre l'énorme machine de l'industrie et du commerce moderne et le consommateur individuel.

Appliquer à la première des règles conçues initialement pour régir le comportement des individus ne satisfait plus la conscience sociale : c'est ce qui justifie l'abandon progressif de la faute, même sous sa forme objective, comme condition de la responsabilité, avec les difficultés pratiques souvent insurmontables que présentait sa preuve. On répètera à ce propos les opinions de Prosser³⁶⁸ et Cowan³⁶⁹ : pour eux le passage à la « strict liability in tort » représente un changement de technique plutôt que l'adoption de règles véritablement nouvelles au fond. Il consacre plutôt qu'il innove. Le motif en est pour Cowan de substituer à une masse de fictions et d'exceptions la règle véritable³⁷⁰. Parmi les avan-

³⁶⁸ *The Assault*, p. 1114.

³⁶⁹ 17 Stanford L.R. (1965), p. 1084, 1086.

³⁷⁰ Voir aussi comment *in ad* § 402 A Restatement.

tages de la responsabilité sans faute il faut considérer le gain de *sécurité* juridique qu'elle apporte³⁷¹. Même si le consommateur n'obtient en définitive pas beaucoup plus qu'avec les règles de la « négligence », les risques du procès sont moindres pour lui, et les pressions pour qu'il transige moins efficaces, sans compter que pour invoquer la maxime « *res ipsa loquitur* », il doit le plus souvent recourir à des experts et engager des frais considérables³⁷². On n'oubliera pas le développement, parallèle à ce que nous venons de décrire sous l'angle de la responsabilité civile, d'une énorme législation fédérale posant des normes de sécurités en matière de production, afin de protéger le public. Cet aspect de la question dépasse cependant notre propos. Le quatrième volume du traité de Frumer et Friedman contient tous les renseignements indispensables.

E. — Si on quitte la perspective de ses rapports avec le fabricant, les avantages pour le consommateur sont encore beaucoup plus nets : dans la mesure où tous les intermédiaires sont tenus, indépendamment de toute faute, le lésé pourra agir contre celui qu'il lui est le plus facile d'atteindre, et obtenir le même résultat, alors qu'en « négligence », de tous les membres de la chaîne de distribution, seul répondra celui qui aura été négligent ; or en cas de défaut imputable au fabricant, il arrivera le plus souvent qu'aucun des intermédiaires n'ait été négligent : dans un pays où les Etats sont maîtres de leur législation civile, l'éloignement du fabricant peut opposer au demandeur un obstacle difficile à franchir³⁷³. La modification vraiment importante sur ce point est donc la création de la « *strict liability* » de tous les revendeurs intermédiaires, le dernier étant en principe déjà responsable sans faute sur la base du contrat.

F. — Quant aux justifications de politique législative, leur contenu ne sera pas repris ici : notons seulement qu'elles peuvent conduire à des solutions légèrement différentes dans la fixation de l'étendue de la responsabilité :

— Si on s'en tient à l'idée que la « *strict liability* » n'est qu'un moyen pratique de rendre responsable celui qui livre un produit défectueux parce que, bien qu'il en existe une quelque part, il est trop difficile de faire apparaître une négligence³⁷⁴, il s'agit d'une responsabilité causale pour

³⁷¹ Keeton, 20 Syracuse L.R., p. 562.

³⁷² *The Assault*, p. 1116.

³⁷³ *Id.*, p. 1117.

³⁷⁴ Ford v Lonon *supra* note 338, p. 250, avec des citations.

la violation d'un devoir objectif de diligence, et les risques inhérents au développement technique ne sont en principe pas couverts.

— S'il s'agit au contraire de motiver la « strict liability » par le risque inhérent à l'activité de l'entreprise industrielle ou commerciale comme telle, tous les dommages causés par des produits créant un danger excessif seront couverts.

Il n'est pas exclu enfin que ce qu'on a appelé plaisamment le « deep pocket rule » consistant à faire payer ceux qui en ont les moyens, ait aussi joué son rôle dans l'évolution du droit américain. Mais ce « rule » n'a rien de bien juridique et nous ne l'analyserons pas plus avant.

TROISIÈME PARTIE

LA RESPONSABILITÉ DU FAIT
DES PRODUITS EN DROIT SUISSE

GÉNÉRALITÉS

A. — On peut songer à deux façons d'aborder notre problème en droit suisse. La première serait de rechercher, dans le droit en vigueur et la jurisprudence tous les moyens offerts à celui qui a été lésé par l'effet d'un produit défectueux pour se faire indemniser. Elle aurait l'avantage de permettre de dresser un bilan ou un « état » des solutions actuelles. Des auteurs s'en sont déjà préoccupés, notamment Weimar³⁷⁵. Il serait dès lors possible, sur la base ainsi établie, de décider si de nouvelles formules doivent être trouvées en fonction des buts qu'on leur assignerait.

La seconde, qui sera la nôtre ici, consistera à examiner, au niveau des principes généraux, si la responsabilité du fait des produits ne présente pas des caractéristiques telles qu'elle ne saurait être adéquatement et généralement couverte par les règles fondamentales en vigueur. Il devient alors nécessaire, pour savoir s'il faut lui appliquer un traitement particulier et autonome reconnu comme tel, de faire ressortir les motifs décisifs pour l'instauration d'un nouveau système, et pour en fixer les modalités. Nous préférons cette seconde méthode parce que nous estimons qu'il faut éviter d'appliquer à des situations nouvelles des institutions établies à d'autres fins, au prix de fictions et de « constructions » qui défient souvent le bon sens³⁷⁶. Loin de nous l'idée que les modifications historiques rendent caduques en quelques années toutes les règles établies souvent sur des siècles d'expérience. Nous ne méconnaissions pas le grand intérêt que peuvent présenter, dans des cas d'espèce, les solutions même artificielles données à un problème que le droit en vigueur ne résout pas de façon satisfaisante. Nous n'ignorons pas non plus combien le souci de la sécurité juridique doit animer le juriste et le législateur. Nous pensons cependant que dans la mesure du possible, il importe de ne pas tarder à tenir compte des situations nouvelles quand elles présentent suffisamment d'*originalité* et de *stabilité* pour qu'on puisse

³⁷⁵ Weimar, *Untersuchungen...*, p. 5 ss., 9-52. En Allemagne : Diederichsen, *Die Haftung...*, p. 17-194 ; Simitis, *Grundfragen...*, p. 18-49 ; Weitnauer, NJW 1968, p. 1595 ss.

³⁷⁶ Voir l'exemple américain, *supra*, p. 75.

les soumettre à des règles légales générales et abstraites appropriées. La sécurité y trouve son compte, même si le droit en vigueur change, en ce que la règle est prévisible et que les comportements peuvent s'y adapter d'une part, en ce que les litiges ne présentent plus d'autre part un degré de hasard qui fait parfois apparaître la justice et son administration comme une loterie.

Une autre des préoccupations toute générales qui gouvernent le présent travail est que le *droit doit pouvoir continuer*, dans la mesure du possible, à *être appliqué essentiellement par des juges-juristes* et non par des juges-experts. Il est fondamental que le droit puisse s'appliquer pour lui-même, selon des règles qui lui sont propres, et qui correspondent à un élément de consensus social. Si l'application de certaines normes appelle l'expertise technique, il faut en éviter la multiplication toutes les fois qu'une autre solution se présente. Cette option importe ici tout particulièrement au niveau de l'étude de la faute dans ses rapports avec les vices techniques ³⁷⁷.

B. — La question essentielle nous paraît se poser ainsi : faut-il faire dépendre la réparation des dommages causés par les produits défectueux d'éléments qui ne sont pas constants dans *une certaine perspective limitée* (faute ou absence de faute dans l'entreprise ; le lésé est l'acheteur ou simplement l'utilisateur ou même un tiers étrangers à toute relation volontaire avec le produit) quitte à donner des réponses *différentes* dans des situations qui, analysées dans une *perspective plus large*, paraissent *semblables* ; faut-il au contraire adopter la perspective globale qui met en évidence les éléments *constants* et lui sacrifier les diversités qu'elle recouvre à un autre échelon de l'analyse ?

Le choix ne dépend pas seulement d'un jugement de valeur, mais aussi de l'adéquation des moyens à un but, le meilleur équilibre possible des intérêts parfois contradictoires de ceux qui produisent des biens et de ceux qui les consomment, l'intérêt général restant l'objectif essentiel.

Nous optons pour le second terme de l'alternative : car s'il est possible, dans un cadre suffisamment spécifique, de dégager, malgré la multiplicité des facteurs en jeu et sans généraliser au point de dissoudre la réalité objective, une relation constante de cause à effet entre les éléments eux-mêmes constants, c'est eux que le législateur doit prendre en considération pour décider d'une réglementation et de son aménagement. Notre ordre social postule une interdiction de principe de causer des dommages à autrui : ce principe est aménagé dans l'ordre juridique

³⁷⁷ Voir *infra*, p. 139.

en fonction des besoins et des facteurs sociaux dominants ; il se concrétise différemment suivant les circonstances dans lesquelles il doit être mis en œuvre, comme en témoigne la variété des règles de notre responsabilité civile.

Si on reprend les éléments qui paraissent caractéristiques *en fait* de la problématique de la responsabilité du fait des produits pour les confronter aux principes qui gouvernent la responsabilité en droit suisse, on remarque que :

1. Les « défauts » (au sens le plus large) et la *mise en danger involontaire des usagers des produits ne peuvent être éliminés complètement*. Il y aura toujours ici ou là une chaîne de production ou une formule technique mal conçues, un contrôle omis, un employé négligent, une pièce composante défectueuse, un avertissement mal libellé, une propriété nocive ignorée, etc. Il arrivera toujours que des produits ne correspondent pas à ce que l'on en attend positivement ou négativement, et qu'ils soient ainsi la source de dommage pécuniaires, matériels ou corporels. Le risque de l'existence de défauts, et le risque que des défauts entraînent des dommages pour le public consommateur est une réalité inhérente au fonctionnement de l'économie industrielle : ils sont *pratiquement* inévitables, même si on peut songer dans l'abstrait à des mesures de précaution les excluant.

2. Il est également incontestable que les *intérêts du public sont menacés ainsi de la façon la plus générale*. Nous avons eu l'occasion d'évoquer des exemples où de nombreuses personnes sont exposées aux conséquences d'un défaut : au-delà de l'acheteur et de l'utilisateur, des tiers seront directement atteints : le piéton par le défaut des freins d'une voiture, le consommateur de salade par l'effet d'un engrais partiellement décomposé, l'enfant conçu par les propriétés méconnues ou inconnues d'un produit chimique consommé par sa mère. De même pour les atteintes aux choses : l'entrepôtier voit son hangar détruit par l'explosion d'une bonbonne de gaz liquide qui ne lui appartient pas, le vigneron sa vigne anéantie par des émanations d'un herbicide répandu pourtant sur un parterre voisin, etc. Ceci vaut aussi quand la lésion ne porte que sur des intérêts purement pécuniaires ; nous verrons plus loin qu'il ne convient toutefois pas de les traiter de la même façon³⁷⁸.

3. Si on examine les défauts selon l'optique du lésé, il lui est parfaitement indifférent de savoir qu'il souffre un dommage parce que dans

³⁷⁸ Voir *infra*, p. 158, 173.

l'entreprise productrice c'est un *organe* qui a commis une erreur de calcul, plutôt qu'un *employé* ; que le vice provient de l'humeur vagabonde d'un ouvrier, de l'ignorance excusable d'une vérité technique ou scientifique par un groupe de chercheurs, ou de l'organisation ou du choix peu judicieux de tel système de montage ou de tels chaîne ou procédé de fabrication, peut-être mis au point par une entreprise tierce.

Il nous semble que ces trois éléments du problème peuvent être considérés comme absolument constants. Il n'en est pas de même des autres facteurs que nous avons évoqués :

4. Au niveau de l'*origine des défauts*, nous avons reproduit brièvement les classifications établies par Simitis et Lorenz³⁷⁹ principalement ; elles font apparaître la diversité des origines possibles du vice : faute d'un ouvrier ou employé ou organisation défectueuse de l'entreprise (Fabrikationsfehler), faute d'un organe (Konstruktionsfehler), ou fatalité (Entwicklungsgefahr, accident dans un procédé mécanisé, défaillance d'un ordinateur), le risque inhérent à des avertissements inadéquats pouvant correspondre à chacune de ces hypothèses.

5. Dans la *perspective du lésé*, nous avons évoqué, à la suite de Diederichsen, la *confiance*³⁸⁰ de l'acheteur et de l'utilisateur dans le produit du seul fait de sa présence sur le marché. Une différence apparaît selon que le dommage atteint l'acheteur ou l'utilisateur d'une part, ou un tiers de l'autre ; celui-ci ne peut le plus souvent pas invoquer sa confiance dans le produit, puisqu'il ignorait qu'il se trouvait dans son voisinage, ou tout au moins ne s'en remettait pas sciemment à la sécurité de son emploi.

Ce sont les diverses combinaisons de ces facteurs, les uns constants, les autres variables, que nous allons examiner en les confrontant aux formes et aux sources possibles de responsabilité qu'offre notre ordre juridique, avant d'entrer dans une discussion plus serrée des bases de la solution que nous croyons pouvoir proposer.

³⁷⁹ Voir *supra*, p. 19.

³⁸⁰ *Die Haftung...*, partic. p. 297 ss. ; Lorenz, *Warenabsatz...*, p. 14 ss.

CHAPITRE PREMIER

LES FORMES ET LES SOURCES POSSIBLES DE LA RESPONSABILITÉ

I. — LES FORMES.

A. — Appliquée aux dommages causés par les produits défectueux la *responsabilité aquilienne* renvoie en premier lieu à l'existence d'une *faute* dans le comportement du responsable : ainsi la solution ne sera pas la même selon que le défaut provient d'une faute d'un organe de l'entreprise productrice (responsabilité admise), du fait d'un employé (responsabilité soumise à 55 C.O.) ou de la fatalité (pas de responsabilité). Elle couvre en revanche le dommage subi par un cercle indéterminé de personnes, acheteurs, usagers ou tiers, pourvu qu'ils soient protégés par la norme violée, si les autres conditions de la responsabilité sont par ailleurs remplies. La réparation dépendra, dans notre hypothèse, de *faits survenus dans la sphère du responsable possible* et échappant complètement à la connaissance et à l'action éventuelle du lésé.

B. — La responsabilité pour l'inexécution ou l'exécution défectueuse d'une *obligation* née d'un contrat, d'une situation de fait particulière, ou par l'effet de la loi, présuppose également une faute du débiteur. Malgré les avantages que le lésé peut trouver dans le renversement du fardeau de la preuve, et dans l'art. 101 C.O. qui assimile le fait de l'auxiliaire à celui de débiteur lui-même, les problèmes posés par la faute subsistent pour l'essentiel.

Si l'obligation résulte d'un *contrat*, la relativité des conventions limite le cercle des bénéficiaires au cocontractant et à ceux qui peuvent entrer dans le champ de la protection sans être partie à la convention. L'acheteur ou l'utilisateur ne seront qu'exceptionnellement en relation immédiate avec le fabricant ; la responsabilité sera celle du dernier vendeur à qui le défaut du produit vendu sera rarement imputable. Sa responsabilité

causale, si limitée que soit son étendue, interviendra pour le fait d'un tiers ; cela ne paraît souhaitable que s'il n'est pas possible sans difficultés graves de faire supporter la réparation à celui qui a causé le dommage.

Si on fait naître l'obligation d'une *relation de fait* particulière entre le consommateur et le fabricant (en la fondant sur la publicité, par exemple), le cercle des personnes protégées n'en sera pas moins restreint si on ne veut pas étendre le bénéfice de l'obligation à toute personne susceptible d'être affectée par le produit. Diluer la notion de rapport particulier d'obligation, au point que n'importe qui peut en devenir le sujet actif, revient à la confondre avec un devoir général surtout si c'est une « obligation de sécurité » et que son contenu ne couvre que la sécurité des personnes et des biens matériels³⁸¹.

On peut concevoir enfin un rapport d'obligation entre le fabricant et l'acheteur ou le consommateur semblable à celui de l'*assureur et de l'assuré*. L'obligation du fabricant serait exclusivement de réparer le dommage causé par le produit défectueux ; on pourrait le faire naître, suivant les circonstances, de la publicité ou l'imposer comme un accessoire de la mise en vente des produits. L'avantage en serait de ne pas dépendre d'une faute du fabricant puisque son contenu *premier* serait la réparation du dommage.

Ce dernier serait réparé, non plus par la transformation en dommages-intérêts de la « prestation » principale (ne pas mettre à la disposition du public des objets sans défaut ou dangereux pour la vie, la santé ou les biens) mais il serait lui-même l'objet principal de l'obligation. Il n'est pas besoin d'insister sur le fait qu'une telle obligation ne se distinguerait plus du tout, pour sa naissance et sa mise en œuvre, de celle qui résulterait d'une responsabilité causale extra-contractuelle.

Diederichsen aboutit à une solution de ce type : à la confiance inspirée à l'acheteur par la présence du produit sur le marché correspond une *garantie* du fabricant que si le produit est défectueux, il réparera les dommages en résultant³⁸².

C. — Une solution imposant au fabricant un *devoir objectif de diligence*, dont la violation n'impliquerait pas une faute, aurait la même portée que la responsabilité aquilienne en ce qui concerne le cercle des personnes protégées qui serait indéterminé ; elle écarterait les différences selon

³⁸¹ Patry, *L'obligation de sécurité*, RSJB 1957, p. 41 ss. ; Spiro, *Zur Haftung...*, p. 267.

³⁸² *Die Haftung*, p. 169, 360, 363-365.

qu'une faute a été commise ou non de même qu'elle exclurait les problèmes soulevés par l'application de l'art 55 C.O. pour la preuve libératoire. Mais elle renverrait à ce qui était techniquement ou économiquement possible et rentable au moment de la diffusion du produit et poserait des problèmes difficiles quand la production est mécanisée ou automatisée ou que des erreurs sont commises par des ordinateurs.

Elle ne saurait couvrir les dommages résultant d'un « Entwicklungsgefahr », puisque même si le devoir de diligence est une notion purement objective, on ne saurait y faire entrer des exigences que personne au monde ne pouvait remplir au moment décisif.

D. — Reste enfin la possibilité de soumettre le fabricant à une *responsabilité causale pure*, répartissant le risque créé pour les membres du public par l'exercice, par ailleurs licite et souhaitable, de son activité quand elle aboutit à des dommages causés par les défauts de ses produits. Ainsi les « Entwicklungsgefahren » pourraient entrer en cause comme rattachement de la responsabilité si on les considère comme un élément parmi les autres du risque, et qu'on donne au défaut une définition objective, qui ne se réfère pas du tout à ce qu'il était possible de connaître techniquement ou scientifiquement au moment décisif.

Cette énumération sommaire ne prétend pas épuiser les problèmes qu'elle implique. Mais elle trace le cadre fondamental pour la solution de notre problème qui dépend de choix au niveau des principes essentiels. Il ne s'agit pas tant, encore une fois, de décider de leur valeur en général, que d'apprécier leur pertinence dans la perspective particulière qui nous intéresse.

II. — PROBLÈMES RELATIFS À LA FAUTE COMME SOURCE DE RESPONSABILITÉ.

Dans la première partie de ce travail, nous avons observé que les défauts dans les produits pouvaient remonter à plusieurs causes antérieures à la distribution du produit. Nous nous sommes toutefois abstenu d'entrer dans la qualification juridique de ces causes, nous réservant de le faire ici. La faute étant un critère fondamental pour distinguer la nature de la responsabilité, c'est d'elle que nous nous occuperons d'abord, en examinant successivement : les conditions dans lesquelles il n'y a pas de manquement personnel caractérisé (A), la qualification juridique des manquements humains (B), la relation de la faute avec le sujet de la responsabilité et le dommage (C) et les questions de preuves (D).

A. — La présence d'un défaut dans un produit est pratiquement toujours le signe qu'un vice a affecté le bon fonctionnement, au sens le plus large, de l'entreprise productrice. Et ce vice, d'une façon toute abstraite, peut toujours être imputé à un élément humain. Mais les généralités de ce type ne nous aident en rien, car c'est le *caractère fautif* au sens du droit qui nous intéresse dans un comportement humain.

Or dans l'entreprise industrielle moderne, la mécanisation prend toujours plus d'importance, remplaçant le travail humain *directement* consacré à la fabrication, et supprimant parallèlement des possibilités de faute personnelle. Comme nous l'avons déjà observé :

— Les procédés techniques sont souvent mis en œuvre par des entreprises qui les ont acquis de tiers et n'ont pas forcément les moyens d'en contrôler tous les éléments, ou sont justifiées à se reposer sur le sérieux et les qualifications techniques de ceux qui les ont mis au point.

— La fréquente complexité du processus de production sur le plan technique entraîne la division poussée et la spécialisation des opérations. Elle suppose une *organisation* complexe en proportion qui peut de temps à autre ne pas fonctionner, si parfaite que soit sa conception d'ensemble.

— L'état « officiel » de la science ne permet pas, à un moment donné, de connaître tel fait susceptible d'affecter les qualités ou la sécurité d'un produit.

Autant de situations où les conditions mêmes de la survenance d'un manquement personnel sont difficiles sinon impossibles à reconnaître. C'est une première limitation³⁸³.

B. — Il reste pourtant un champs très vaste pour les défaillances personnelles, à un niveau ou à un autre. Mais il ne s'en suit pas forcément qu'on doive les qualifier de fautives.

Simitis³⁸⁴, Prosser³⁸⁵ et Cowan³⁸⁶ semblent penser que la source du défaut est pratiquement toujours une négligence. De même le professeur Stark paraît-il sceptique quant à l'« innocence » du fabricant — ou de ceux qui dépendent de lui — de produits défectueux³⁸⁷. Il est certain que les négligences sont une source importante des défauts ; mais il

³⁸³ Cf. l'analyse du Prof. André Tunc dans *Machine et protection de l'homme, Mélanges Oftinger*, p. 311 ss.

³⁸⁴ *Soll die Haftung...*, p. 49-50.

³⁸⁵ *The Assault...*, p. 114.

³⁸⁶ 17 Stanford LR (1965), p. 1084.

³⁸⁷ SSJ, Débats 1967, p. 745.

l'est beaucoup moins qu'elles en soient la source exclusive ou prépondérante. Nous ne discuterons pas ici du mérite de la faute subjective comme principe essentiel de la responsabilité. Nous nous contenterons de remarquer que dans la mesure où elle renvoie à des critères moraux, au caractère « blamable » du comportement, elle est mal adaptée aux situations dans lesquelles le fonctionnement harmonieux d'un *ensemble* de facteurs humains et matériels est le principal garant de la sécurité des tiers ; la diligence personnelle de ceux qui l'ont conçu ou qui y participent est une condition de ce bon fonctionnement, mais peut-on affirmer qu'elle suffit aussi à l'assurer ? Si oui, il semble qu'il faille singulièrement aiguïser les exigences de l'ordre juridique ou admettre qu'il demande à l'homme non seulement la diligence raisonnable, mais une forme de perfection qui n'est pas loin de l'omniscience, surtout quand on en doit juger dans le cadre complexe de l'entreprise industrielle et commerciale moderne. On doit alors conclure à une faute toutes les fois qu'une mesure de sécurité supplémentaire était concevable (contrôles et vérifications de tous genres, démontage des produits finis) ou qu'à la suite d'une découverte scientifique il était possible d'améliorer un procédé de montage ou la formule technique d'un produit, voire quand une réforme administrative dans l'entreprise aurait pu être envisagée. Une fois l'accident survenu, il est évidemment tentant de voir, *après coup*, une négligence à laquelle on n'aurait pas songé sans cela. L'opinion du professeur Stark nous paraît particulièrement rigoureuse quand il dit : « Ein Verschulden ist regelmässig anzunehmen, wenn ein Produkt bei normalen Anwendung und unter normalen Bedingungen geeignet ist, zu Schaden zu führen. Wer ein solches Produkt auf den Markt wirft, schafft Gefahren und wird für deren Realisierung verantwortlich, wenn er nicht die nötigen Schutzmassnahmen trifft... » « Unusquisque peritus esse debet artis suae. » Le critère est trop sévère surtout quand les précautions n'ont pas été prises pour la bonne raison qu'on ignorait les dangers : la faute résiderait-elle alors précisément dans cette ignorance qui peut pourtant souvent être excusée ?

Il est vrai que dans les grands systèmes de droit civil ou judiciaire la faute tend à être appréciée selon des critères toujours plus objectifs et à se confondre avec l'illicéité objective d'un comportement. Cette évolution est particulièrement sensible toutes les fois que la responsabilité mise en question est celle d'une entreprise d'une certaine importance³⁸⁹ ou que les règles de la technique sont en jeu³⁹⁰. Cette conception s'apparente

³⁸⁸ *Einige Gedanken...*, p. 290.

³⁸⁹ Ehrenzweig, *Negligence...*, p. 1433.

³⁹⁰ Oftinger I, p. 27, 29, 124-136.

à celle de la « negligence per se » américaine ³⁹¹, des « Verkehrssicherungspflichten » en Allemagne ³⁹².

S'il est vrai que la prévisibilité et la rectitude de la volonté sont les deux critères fondamentaux pour juger de la faute personnelle, on observera que dans la mesure où il perd de vue le schéma d'ensemble et où son activité se spécialise, celui qui participe au processus productif peut d'autant moins *prévoir* et apprécier les conséquences de ses actes pour y adapter son comportement ; un critère essentiel pour juger de la diligence tend à se dévaluer, car la distraction d'un instant, ne fondant en soi aucun blâme véritable, peut avoir du fait des circonstances extérieures à celui qui agit, les plus graves conséquences. Ehrenzweig ³⁹³ donne cet exemple : l'employé des services du gaz, un instant distrait, pose un segment de tuyau fêlé ; peut-on lui reprocher de ne pas avoir prévu qu'une année plus tard un inconnu mourrait de l'explosion qui en résulterait ? La prévisibilité toute objective concerne bien plus l'entreprise que l'individu inattentif. Et encore, s'agit-il là d'une situation où il y a bel et bien un manquement personnel ? Que dire alors de la faute de l'ouvrier qui a laissé passer le segment fêlé ? Nous pensons, avec le professeur Jäggi qu'il faut aller encore plus loin : « Je umfangreicher und je dichter eine Organisations ist, um so häufiger verflüchtigt sich das persönliche Verschulden. Wenn z. B. an einem chemischen Erzeugnis oder an einer Fernsehsendung hunderte von Mitarbeiter zusammen wirken, so hält es in einem Schadensfall schwer, ein Verschulden Einzelner, ja auch nur eine Verursachung durch bestimmte Einzelne festzustellen. » ³⁹⁴

Au niveau de la conception et de la construction, les améliorations constamment apportées aux produits directement ou aux procédés de fabrication témoignent de la précarité d'une appréciation sous l'angle moral de la diligence du responsable. La difficulté de mettre en œuvre immédiatement de nouvelles connaissances techniques n'échappe à personne : la faute peut-elle encore être retenue sans avoir perdu tout son sens en dehors des cas de mépris évident pour la sécurité d'autrui ?

Oftinger ³⁹⁵, Ehrenzweig ³⁹⁶ soulignent parmi d'autres auteurs nombreux que le *principe de la responsabilité personnelle tend à s'effacer devant celui de la réparation*. Ne vaudrait-il pas mieux que cette ten-

³⁹¹ Cf. *supra*, p. 112.

³⁹² Weitnauer, AcP 167 (1967), p. 289-290, critiquant Simitis, *Soll die Haftung...*, p. 74 ss.

³⁹³ *Supra*, note 389.

³⁹⁴ SSJ, Débats 1967, p. 755.

³⁹⁵ Oftinger I, p. 29.

³⁹⁶ *Negligence...*, p. 1423.

dance se donne libre cours là où elle se justifie du fait de circonstances particulières, et qu'elle y soit consacrée *explicitement*, la faute prise dans son acception véritable conservant son domaine propre, celui du comportement *personnel* ? On éviterait ainsi d'introduire une notion de moins en moins bien définie dans des domaines qui se prêtent mal à son application, avec toutes les insécurités qui en résultent au *double* détriment des responsables et des lésés potentiels. Le professeur Spiro ³⁹⁷ remarque combien les juges sont enclins, pour donner réparation au lésé, à étendre les exigences d'un comportement diligent au point qu'il est pratiquement impossible de s'y conformer. Dédire une faute de l'existence d'un défaut lui paraît abusif ; la prééminence de la technique sur l'individu ³⁹⁸ a entraîné un changement dans la situation sociale, et modifié la valeur relative des principes de la responsabilité ³⁹⁹.

C. — Si les occasions de faute personnelle caractérisée sont plus rares du fait de la mécanisation, et la qualification comme fautifs de certains manquements dans le fonctionnement de l'entreprise industrielle moderne souvent discutable, il faut ajouter que dans le cadre qui nous intéresse, les raisons d'éthique, soit la prévention et la répression de la faute, qui postulent son maintien aux yeux de certains ne s'appliquent pas : quand le fautif et celui qui supporte la réparation ne sont pas une seule et même personne, la faute n'est pas un fondement adéquat, éthiquement parlant, de la responsabilité. Quand le patrimoine qui répond n'est pas celui de qui a engagé la responsabilité par son fait, quelle que soit la qualification qu'on donne à la responsabilité de celui qui doit payer, la relation éthique entre la faute et l'obligation de réparer est rompue et le caractère moral impliqué dans l'idée de sanction disparaît.

Le professeur Spiro remarque à bon droit : « ... die Haftung des Schuldlosen kann nun einmal nicht auf Verschulden gegründet werden. » ⁴⁰⁰ Quant à l'effet préventif ou répressif indirect sur la diligence de celui qui cause le défaut par sa négligence personnelle, il ne dépend pas du fondement de la responsabilité de celui qui paye les dommages-intérêts : c'est le fondement de recours du second contre le premier qui seul importe. On sait bien aussi que notre ordre juridique tolère l'assurance responsabilité civile. Il est vrai que les primes peuvent tenir compte

³⁹⁷ *Zur Haftung...*, p. 270 ; voir aussi Patry, *L'obligation de sécurité*, RSJB 63 (1957), p. 67.

³⁹⁸ Oftinger, *Punktationen...*, not. p. 24 ss.

³⁹⁹ Lorenz, *Warenabsatz...*, p. 10 ; Spiro, *Zur Haftung...*, p. 268-9 ; Gilliard, *Rapport...*, p. 200 ss. ; Diederichsen, *Die Haftung...*, p. 352-353.

⁴⁰⁰ *Zur Haftung...*, p. 269 ; voir aussi Weitnauer, 19 Rev. int. de dt. comp. (1967), p. 811 ss.

du degré de la diligence exercée par le responsable, ou un recours être ouvert à l'assureur en cas de faute du preneur. Mais la valeur morale attachée à l'application du principe de la faute est très amoindrie. Si on sort de l'hypothèse où l'auteur du dommage et celui qui payera la réparation ne sont pas une seule et même personne, il est également vrai que l'abandon de la faute n'aura aucune influence sur le rôle préventif qu'on peut attribuer à la responsabilité civile. Ce que le responsable en puissance redoute toujours est de voir sa responsabilité engagée : que cela ne soit possible que s'il a commis une faute ou au contraire selon les règles d'une responsabilité causale ne change rien : dans la seconde hypothèse, il ne relâchera pas son effort sous prétexte qu'il répondra de toutes façons. Son intérêt restera toujours d'éviter toute situation pouvant le mettre en cause ; on peut au contraire admettre que sa diligence sera d'autant plus grande qu'il sait ne pas pouvoir échapper à la responsabilité⁴⁰¹. L'opinion, d'ailleurs parfaitement fondée, du professeur Stark⁴⁰², qu'il vaut mieux consacrer des dépenses à la prévention des dommages plutôt qu'au paiement des réparations ne semble pas justifier le principe de la faute. On ne pourra jamais empêcher le fabricant cynique de préférer la seconde solution si les précautions adéquates lui coûtent trop cher. C'est au droit administratif et au droit *pénal* qu'il faut réserver la prévention et la répression à ce niveau.

Le fondement moral sous-jacent au principe de la faute nous paraît également discutable dans une autre perspective. Celui qui commet une faute dans son activité personnelle répondra du dommage ainsi causé quel qu'en soit le montant si la causalité est adéquate, compte tenu de la gravité de sa faute. Ainsi la même conduite pourra avoir des conséquences différentes au niveau de la réparation due, au gré des circonstances. Ce traitement inégal d'une même conduite est inévitable et doit être accepté même s'il ne satisfait pas entièrement la logique. Mais quand les conséquences d'une faute se déploient en fonction de l'*ampleur de l'entreprise* dans laquelle elle a été commise, la disproportion ne paraît plus pouvoir être justifiée moralement. Si une faute minime entraîne des dommages énormes, c'est qu'intervient entre l'une et les autres un élément tiers, le cadre dans lequel elle s'est produite, qui rend compte bien mieux que la faute elle-même des *dimensions* du dommage. La *condition* d'un dommage considérable est déjà réalisée quand est commise la faute qui n'est que l'occasion de sa survenance. L'importance relative des facteurs

⁴⁰¹ Voir l'exemple cité par Diederichsen (d'après le Prof. Weitnauer), *Die Haftung...*, p. 12.

⁴⁰² *Einige Gedanken...*, p. 290 N 18.

est renversée et n'en pas tenir compte nous paraît précisément contraire à une exigence de la morale ⁴⁰³.

D. — Il reste enfin qu'au niveau de son application par les tribunaux, le principe de la faute présente de gros inconvénients pratiques. Toutes les fois — à notre sens, la majorité des cas — que des questions techniques seront posées, les juges devront s'en remettre à des experts : que ce soit pour juger de l'organisation de l'entreprise, du niveau des précautions techniques dans la conception du produit, des tests auxquels il aura été soumis, des procédés de fabrication utilisés, de ce que les ingénieurs pouvaient et devaient ou non connaître, du moment auquel le vice a pu survenir dans la fabrication (phase de travail mécanisée ou de travail humain), de la suffisance des avertissements donnés, de la mesure du risque pris délibérément par le fabricant, etc. Dans tous ces cas, le lésé s'exposera à des difficultés et à des frais *au risque de devoir les assumer entièrement*, si aucune faute n'est retenue contre le fabricant. Que le fardeau de la preuve incombe au défendeur plutôt qu'au demandeur ne change pas beaucoup cet aspect de la question, dont l'élément essentiel nous paraît être le risque considérable supporté par le demandeur au procès. Le second inconvénient notable à nos yeux est de substituer inutilement l'expert au juge : qu'on recoure à l'expertise quand elle permet de juger d'un comportement suffisamment accessible et déterminé, comme dans le cadre d'une entreprise de génie civil, ou parce que les valeurs mêmes que telle branche du droit tend à protéger sont d'essence technique comme en matière de brevets d'invention, ne saurait être critiqué. En matière de responsabilité du fait des produits, on se trouve dans une situation très complexe et le critère des règles de l'art, par exemple, y apparaîtra le plus souvent beaucoup moins clair que dans des activités mieux caractérisées parce que la production des biens est extrêmement diversifiée, que les procédés évoluent très rapidement, que la « nouveauté » est un élément essentiel du succès et le secret de la fabrication son corollaire.

Il ne s'agit pas d'exclure l'expertise de notre domaine : ce ne serait pas possible. Mais il faut organiser la loi de façon qu'elle s'appuie sur des concepts directement accessibles au juge. On n'évitera pas que des experts soient indispensables pour établir si un défaut est à l'origine du dommage, ou si la façon dont le produit a été utilisé n'en est pas la source exclusive ; il ne sera pas toujours facile de savoir si un défaut existait, notamment quand l'objet aura été détruit ou détérioré dans un

⁴⁰³ Cf. Gilliard, note 399 *supra*.

accident, ou qu'il aura été entièrement consommé, etc. Il suffit qu'on doive recourir à des experts pour déterminer si un défaut existait et si le dommage en est la conséquence, sans qu'on leur soumette encore les questions de l'origine et de l'imputabilité du vice ⁴⁰⁴.

Si on reste fidèle au principe de la faute, ou qu'on adopte comme critère de la responsabilité un devoir objectif de diligence, l'expertise s'imposera à ce niveau là de l'enquête également, alourdissant les procédures et rendant bien coûteuse et aléatoire la protection des victimes.

Autre inconvénient notable : en matière purement technique et scientifique les experts peuvent ne pas être d'accord entre eux comme le montre l'expérience américaine ⁴⁰⁵.

Il reste enfin à relever que la *preuve* de la faute ou son absence peut amener le fabricant à devoir ouvrir ses installations aux experts et à leur découvrir les secrets de son organisation interne, de ses procédés techniques, de ses tours de mains, etc. qui ne sont pas protégés par les règles de la propriété industrielle, et l'exposer au risque de les voir évoqués publiquement dans les audiences. Cowan ⁴⁰⁶ a souligné cet aspect important de la problématique : il n'est pas forcément souhaitable dans notre type d'économie, que ce genre de sacrifice soit imposé aux fabricants : la possibilité pour les concurrents de forger des procès par personnes interposées doit être éliminée autant que possible. C'est pour ces motifs que nous ne pouvons pas souscrire à la proposition du professeur Stark ⁴⁰⁷ d'étendre le champ des enquêtes policières en matière de produits défectueux, pour pallier les difficultés que soulève la preuve de la faute.

On observera enfin que l'entreprise productrice apparaît au tiers comme une entité définie par son apparence extérieure, dont le fonctionnement interne importe d'autant moins qu'il n'est en général pas possible de l'observer ni de le contrôler. Son activité tend à se manifester comme le *résultat* d'un processus interne ; c'est au niveau de ce résultat que les tiers entrent en cause ; c'est sur ce résultat que porte l'effort de l'entreprise elle-même. Il nous semble en conséquence peu expédient, quand ce résultat n'est pas ce qu'il devrait être, de prendre en compte l'élément, étranger dans cette optique *externe*, des aléas du fonctionnement *interne* de l'entreprise productrice pour décider de sa responsabilité. Le risque des défauts dans les produits est attaché à l'exercice de l'activité productrice en tant qu'elle aboutit à la *distribution* des biens dans le public

⁴⁰⁴ *Id.*, p. 201.

⁴⁰⁵ FR-FR § 16.03 (4) (b) voir *supra* ad notes 356 ss. ; Keeton, 20 Syracuse L.R., p. 570.

⁴⁰⁶ *Supra*, note 386, p. 1092-1093.

⁴⁰⁷ *Einige Gedanken...*, p. 297-298.

et la faute n'en est qu'une des causes possibles. La plupart des inconvénients que nous venons de décrire sous lettre D se retrouvent dans l'application de l'art 55 C.O. ou de règles imposant une responsabilité pour la violation d'un devoir objectif de diligence.

III. — L'APPLICATION DE L'ARTICLE 55 CO.

Le professeur Jäggi considère qu'une réforme de cette disposition restreignant les possibilités pour l'employeur de se libérer⁴⁰⁸ devrait apporter une solution complète au problème posé par la diffusion de produits défectueux. Il va sans dire que déjà dans sa formulation actuelle, l'art 55 C.O. peut conduire à la responsabilité du fabricant quand le fait d'un préposé est à l'origine du défaut et que le fabricant échoue dans la preuve libératoire.

Il reste toutefois bien des situations dont cet article ne paraît pas pouvoir rendre compte : d'abord parce que le fait illicite qui est une condition de son application serait souvent bien difficile à trouver dans l'organisation complexe de la production industrielle ou parce qu'il n'y en aurait simplement pas eu⁴⁰⁹. Qu'on songe à la spécialisation et à la division des travaux qui conduisent à la commercialisation d'un produit depuis l'origine ; une multitude de recherches, d'estimation, de décisions se succèdent dans des domaines très différents qui vont par exemple de la science pure aux études de marché ; toutes ces démarches sont souvent inséparables les unes des autres et influencent réciproquement ceux à qui elles incombent. Telle estimation d'un spécialiste dans telle matière incitera un autre à pousser ses travaux dans tel sens dans un autre domaine, etc. Il arrivera certainement que des décisions se prennent plutôt dans le sens de la diffusion du produit que dans celui d'études complémentaires parce que des nuances n'ont pas été retenues ici ou là sous la pression des événements. Nous pensons que dans ce genre de situations il n'est pas possible de mettre réellement le doigt sur un fait personnel pouvant fonder l'application de l'art. 55 C.O. en ce qu'il aurait « causé » un dommage.

On peut admettre avec le professeur Oftinger que la preuve que le dommage remonte au fait d'un employé, même inconnu, suffit⁴¹⁰. Mais encore faut-il que cette preuve soit faite. Aller plus loin dans la preuve

⁴⁰⁸ SSJ, Débats 1967, p. 756.

⁴⁰⁹ Cf. *supra*, note 394.

⁴¹⁰ *Haftpflichtrecht* II/1, p. 142.

par indices et tirer de l'existence d'un défaut la conclusion qu'un employé l'a causé par son fait nous paraît excéder la portée de l'art. 55 C.O. et amener à libérer régulièrement l'employeur parce qu'il rapporterait la preuve *générale* de sa diligence ou au contraire, à le condamner par le biais d'une présomption qu'il serait bien en peine de renverser ⁴¹¹.

Les problèmes posés par la distinction du fait des *organes* et de celui des *employés* relèvent des mêmes éléments. Le critère de la subordination ne paraît pas à même de rendre compte des rapports entre la direction et un technicien spécialisé par exemple qui ne fait pas partie des cercles dirigeants de l'entreprise. Même s'il y a subordination juridique ou organique du second, comment songer à une véritable surveillance hiérarchique alors que la réalité est celle de la *division* du travail. Si un organe dirigeant ou un groupe de dirigeants décide la commercialisation de tel produit après consultation de tous les employés (techniciens et spécialistes) concernés et *sur la foi* de ces renseignements, peut-on encore dire sans forcer la réalité, si la formule technique se révèle malheureuse, que le dommage a été *causé* par des employés dans le cadre des prévisions de l'art. 55 C.O. ou au contraire que la direction a commis une faute au sens de l'art. 41 C.O. Ne faut-il pas y voir plutôt une situation nouvelle par rapport à ce que le législateur de 1881 avait considéré ⁴¹² soit la dilution du fait personnel dans l'organisation qui seule peut rendre compte d'une décision finale comme celle que nous venons d'évoquer : tant de facteurs peuvent intervenir et agir les uns sur les autres de façon peut-être imperceptible que les prévisions de l'art. 55 C.O. ne paraissent alors plus remplies. Les renseignements donnés par les ingénieurs-employés ne sont que des *motifs* d'un acte des organes, non un fait pertinent en soi.

On sait par ailleurs combien les « certitudes » scientifiques peuvent être relativisées ; le caractère plus ou moins péremptoire de ce qu'avancent scientifiques et techniciens relève plus de la psychologie ou de la philosophie que d'une échelle objective de certitude, surtout dans le domaine des sciences expérimentales où toute « loi » est par définition sujette au démenti et au complément d'une découverte nouvelle. L'assimilation d'une erreur scientifique à un fait illicite dans ces conditions n'est pas justifiée.

Ce genre de problèmes se retrouve à presque tous les autres niveaux. Le choix des procédés, des **matériaux**, la **fréquence** et l'**étendue** des contrôles en cours de production, ou au moment de la distribution du

⁴¹¹ Cf. Gilliard, Rapport, p. 296.

⁴¹² Intervention du Prof. Weitnauer, SSJ Débats 1967, p. 765 ; *ibid.* Prof. Jaeggi, p. 754-757.

produit, le conditionnement et la présentation (emballage, agent de conservation, colorants artificiels, etc.) sont discutés et décidés par un ensemble de personnes de formation variée et font souvent appel à des moyens fournis par d'autres entreprises dont on peut assurément affirmer que leur activité ne saurait être couverte par l'art. 55 C.O. appliqué au fabricant du produit fini. Autant d'indices⁴¹³ que la notion de surveillance et de choix ne rend plus compte de la réalité dans la production industrielle des biens, même si elle garde toute sa valeur dans les entreprises artisanales qu'elle avait pour mission de régir à l'origine.

Quant à la solution suggérée par le professeur Jäggi⁴¹⁴, elle nous paraît également difficile à mettre en œuvre dans notre domaine. D'abord parce que nous ne sommes pas convaincus que les défauts dans les produits remontent toujours à un « Betriebsmangel »⁴¹⁵. Dans les espèces où par hypothèse une relation de cause à effet existerait, les difficultés de preuve que nous avons évoquées à propos de la *faute* ou de l'application de l'art. 55 C.O. tel qu'il existe maintenant réapparaîtraient quand il faudrait établir l'existence d'un vice dans le fonctionnement de l'organisation. Il nous semble que la réforme proposée par le professeur Jäggi, et à laquelle nous souscrivons, doit rester dans le cadre général qui est le sien et que la situation particulière des produits défectueux doit être traitée pour elle-même ; les raisons de fait les motivant l'une et l'autre ne se situent pas au même niveau.

IV. — OBSERVATIONS FINALES.

A. — Les difficultés soulevées par l'application de la notion de faute subjective pour résoudre notre problème s'étendent aussi bien aux solutions contractuelles et apparentées que délictuelles. Il nous paraît en effet que le renversement du fardeau de la preuve et la sécurité résultant pour le lésé de l'art. 101 C.O. ne sont pas en principe déterminantes dans la perspective que nous avons adoptée. Leur prise en considération pourrait se révéler provisoirement utile à défaut de solution générale, mais nous ne saurions nous en contenter car elles ne sont que des moyens de secours indirects, qui impliquent la déformation des institutions qui les commandent. Vouloir à tout prix trouver un contrat ou un rapport d'obligation entre le fabricant et le lésé pour tourner l'écueil de l'art. 55 C.O., obtenir un délai de prescription plus long, ou éviter au second les

⁴¹³ Weitnauer, *ibid.*

⁴¹⁴ Cf. note 412 *supra*.

⁴¹⁵ Voir l'intervention du Prof. Canaris au 47. DJT (1968), p. 66.

difficultés de la preuve d'une faute, nous semble sacrifier l'essentiel à l'accidentel. Dans son principe, la faute personnelle doit être vue de façon identique qu'elle entraîne la violation d'un devoir général ou d'une obligation, et c'est son principe qui nous paraît mal adapté à la situation qui nous préoccupe. Que des présomptions ou des moyens apparentés à la procédure puissent modifier les effets de la notion ne nous satisfait pas, car l'impossibilité de prouver sa diligence ne saurait être assimilée en vérité à la violation de ses devoirs, et ce serait bien mal défendre un principe que de ne pouvoir le maintenir qu'au prix d'artifices qui lui enlèvent sa substance. Aussi ne prolongerons-nous pas le développement sur les possibilités ouvertes par les deux types de responsabilité des art. 41 et 97 C.O. car ils ne sauraient, en tant qu'ils reposent sur la faute, résoudre *l'ensemble* du problème. Nous ne nions pas pour autant qu'ils en couvrent une assez large portion.

B. — Quant à l'application des dispositions spéciales de la vente, nous pensons que les exemples donnés au début de ce travail annoncent ce qu'il faut en penser. L'exemple des Etats-Unis et l'analyse du professeur Diederichsen ⁴¹⁶ ont fait apparaître combien le rapport détaillant-acheteur a perdu de son contenu et de son importance dans l'économie contemporaine. Il n'est qu'une étape dans le processus beaucoup plus vaste qui fait passer les biens des usines aux consommateurs.

Sur le plan du droit, les actions en garantie sont principalement un moyen d'assurer l'exécution du contrat ou de rétablir l'équilibre entre les parties si elle ne peut être obtenue. Leur fonction première n'est pas de fonder la réparation du dommage causé sans droit même si elles traduisent dans un cadre particulier et limité cette intention.

A ces restrictions d'ordre général, il faut ajouter un inconvénient fondamental, la relativité des conventions. Dans l'hypothèse où le défaut vient du fabricant, elle isole l'acheteur final de ce dernier s'il y a eu revente au détail, et le détaillant du fabricant s'il y a eu vente préalable à un grossiste. Il n'est pas possible de construire une relation directe de garantie fondant une action de l'acheteur final contre le fabricant au sens des art. 205 et 208 C.O. : la prescription, l'avis des défauts, le rôle des arrangements avec le détaillant, la restitution du prix, la déclaration de résiliation posent autant de problèmes insolubles. L'acheteur final profiterait toutefois de la responsabilité causale du détaillant, selon l'art. 208/2 C.O., pour le dommage résultant directement de la livraison de la marchandise défectueuse. Mais on connaît les limites de ce moyen

⁴¹⁶ *Die Haftung...*, p. 338 ss., 346, 351.

qui suppose la résiliation préalable. L'action générale en dommages-intérêts ne serait qu'exceptionnellement utile, le défaut venant de la phase de production n'étant pas imputable à faute au vendeur final. Ce dernier n'est pas non plus dans une situation enviable. Sa responsabilité causale envers l'acheteur couvre le fait d'autrui. Comme le dommage découlant pour lui de sa responsabilité ne résulte pas *directement* de la livraison de marchandises défectueuses, il n'est couvert par son fournisseur que si celui-ci a commis une faute (si c'est un grossiste, il sera le plus souvent innocent), pendant le délai d'un an à partir de son propre achat ⁴¹⁷. La distinction des dommages directs et indirects jointe à la prescription annale rend précaire son recours. On remarquera que le droit des Etats-Unis est beaucoup plus favorable sur ce point : l'acheteur revendeur peut réclamer à son fournisseur (même innocent) tout le dommage résultant de sa propre responsabilité s'il était prévisible, et ceci en cascade jusqu'au fabricant ce qui est le plus souvent exclu chez nous ⁴¹⁸.

C. — L'hypothèse d'une *obligation de fait* entre dans le cadre de l'art. 97 C.O., mais elle se distingue des solutions contractuelles par la source de l'obligation, qui prend naissance sans contrat. Autant cette construction paraît satisfaisante quand la situation de fait s'y prête ⁴¹⁹, autant elle est peu justifiée quand elle ne sert qu'à faciliter l'action de celui qui est lésé par la violation d'un devoir général du responsable dont ni le contenu ni l'intensité ne sont affectés par sa transformation en obligation. Nous ne pouvons que souscrire aux conclusions du professeur Jäggi ⁴²⁰ qui montre que même dans un cadre contractuel, la violation d'un devoir général doit être reconnue comme telle, quand elle accompagne l'exécution défectueuse ⁴²¹. Cette conclusion n'a pourtant pas pour effet d'éliminer complètement, toujours selon le même auteur, l'application des art. 97 et ss. Si la lésion résulte de la violation d'un devoir général, en rapport fonctionnel avec le rapport d'obligation, le lésé doit bénéficier aussi de l'aggravation de la responsabilité de l'art 101 C.O., puisque son dommage est inclus dans le développement (Abwicklung) de ce rapport. Et non seulement le cocontractant du fabricant mais sa famille ou ses clients pourront invoquer l'art 101 C.O., si par le fait d'un ouvrier de la

⁴¹⁷ Spiro, *Zur Haftung...*, p. 258 ss. ; Hinderling, *SSJ Débats* (1967), p. 780-781.

⁴¹⁸ *Id.* Cf. aussi note 95 ci-dessus.

⁴¹⁹ Cf. Yung, *Devoirs généraux et obligations*, Mélanges Schöenberger, p. 171-172.

⁴²⁰ *Vertragliche Schadenersatzforderung*, Mélanges Schöenberger, p. 197.

⁴²¹ *Id.*, p. 190-191.

fabrique, des produits mal emballés sont dangereux et susceptibles de causer des dommages (*allgemeinschädliche Leistung*). Il ne s'agit pas tant, si nous ne trahissons pas la pensée du professeur Jäggi, de faire apparaître une obligation par transformation d'un devoir général, mais de tirer les conséquences au niveau des modalités d'application, des circonstances dans lesquelles la violation d'un devoir général est survenue.

Cette réflexion fondamentale qui dépasse très largement le cadre de notre sujet, ne rend toutefois pas compte de notre problème dans son ensemble, car l'origine d'une « *allgemeinschädliche Leistung* » n'entre pas forcément dans les catégories classiques que l'analyse du professeur Jäggi ne modifie pas. Les art. 97 et ss et l'art 101 C.O. en particulier présupposent toujours qu'une faute contractuelle a été commise, qu'elle soit celle du débiteur lui-même ou celle qu'il doit se laisser imputer. L'acte de l'auxiliaire n'entraîne la responsabilité du débiteur que si, accompli par ce dernier, il constituait une faute. Or on a vu qu'il s'en faut de beaucoup que ce soit toujours le cas.

D. — En dehors des solutions qui pourraient entrer dans la jurisprudence, l'obligation de réparer le dommage qu'on imposerait comme telle au fabricant doit être rejetée pour plusieurs raisons : on ne saurait la faire naître des circonstances que dans des cas très rares ; elle serait notamment exclue toutes les fois qu'une intention contraire du fabricant apparaîtrait. Il faudrait donc l'imposer par une nouvelle disposition légale. Or, son contenu (surtout si on prétend en étendre le bénéfice à des tiers) se confondrait avec l'obligation de réparer le dommage causé par la violation d'un devoir général ou d'un droit subjectif absolu d'autrui. On ne voit dès lors plus l'avantage de cette construction qui équivaut à l'instauration d'une responsabilité causale extra-contractuelle et nécessite aussi une intervention législative⁴²². L'intérêt de voir appliquer l'art. 101 C.O. plutôt que l'art. 55 C.O. disparaîtrait puisqu'elle obligerait son débiteur à payer en fait des dommages-intérêts indépendamment de toute faute de qui que ce soit.

L'exemple américain est concluant quand il montre que la « warranty » sans « privity » n'a plus rien d'une obligation originaire, mais correspond à l'obligation *légale* de réparer un dommage selon le droit des délits au sens large (torts). Il vaut pour les deux sortes d'obligations

⁴²² Diederichsen considère qu'on peut, en droit allemand, la construire par développement des principes généraux. Lorenz, Gernhuber, Markert, Müller ont développé des propositions d'un esprit semblable ; voir Weitnauer, 35 NJW (1968), p. 159 ; Simitis, *Soll die Haftung...*, p. 20 à 34, rend compte de ces constructions. Spiro les exclut : *Zur Haftung...*, p. 267.

qu'on vient d'évoquer. S'il faut arriver à une obligation légale de réparer le dommage causé par les produits défectueux, c'est la voie *délictuelle* ou *quasi-délictuelle* qui doit être choisie et non le détour par des rapports obligatoires artificiels.

Si nous ne méconnaissions pas que le droit en vigueur offre des moyens d'assurer à celui qui est lésé par le défaut d'un produit la réparation de son dommage, nous pensons toutefois que les problèmes non résolus restent trop nombreux. Il faut trouver une voie pour apporter une solution aussi simple que possible qui rende compte des aspects constants de la problématique et satisfasse aux exigences de la sécurité juridique.

CHAPITRE II

PROPOSITIONS POUR UNE SOLUTION SPÉCIFIQUE

I. — SES CARACTÈRES GÉNÉRAUX.

A. — Si les défauts dans les produits et les dangers qui leur sont attachés sont inévitables, et si ni la faute personnelle ni les responsabilités pour le fait d'autrui telles que le droit suisse les connaît n'en rendent compte de façon à satisfaire aux exigences de la sécurité juridique et de l'équité, nous sommes placés devant une situation qui demande que le droit la régitte par de nouvelles règles. On ne saurait se contenter d'enregistrer que des dommages résultant d'atteintes en principe illicites soient, au gré de circonstances qui ne paraissent pas déterminantes, supportés tantôt par celui qui les subit, tantôt par celui qui les a fait naître.

Nous pensons avec le professeur Yung que la fonction essentielle de la responsabilité est d'assurer la réparation des dommages⁴²³ : « Il convient de renoncer à confier à la loi civile d'autres tâches que la seule qu'elle soit apte à accomplir à savoir la réparation des dommages et du préjudice moral. La prévention et la répression ne sont que des effets secondaires, bienvenus sans doute, s'il se produisent, mais qu'on ne devrait assigner comme but ni principal ni accessoire, à la responsabilité civile, et qui ne devrait pas influencer sur l'interprétation et le mode d'application des règles qui s'y rapportent. » Et plus loin, « vus sous cet angle, les trois systèmes de la faute, de la responsabilité objective tempérée et de la responsabilité pour risque ne sont en somme que des manières différentes de limiter la responsabilité en fonction des besoins sociaux et des conceptions morales d'une époque. Ils ont un caractère essentiellement relatif. Aucun ne peut revendiquer pour lui la justice parfaite. Ils consistent tous trois à déterminer (de façon différente pour chacun) le

⁴²³ Yung, *Principes fondamentaux...*, Contribution au Colloque de Bâle (multicopié, 1968), p. 6 ss. ; repris dans *Etudes et Articles*, p. 413 ss., not. 415 et 416.

fait auquel le dommage doit être rattaché par un lien de causalité : le principe de la faute exige que le préjudice soit relié à la volonté de l'agent et non seulement à son action physique. En effet, l'homme ne se reconnaît lui-même comme la source d'un événement dommageable que lorsqu'il dépendait de lui que l'événement n'eût pas lieu. Dans la responsabilité objective, sous ses diverses formes, il suffit que le préjudice soit rattaché à la personne physique du responsable, à ses activités externes, voire même aux choses sur lesquelles il exerce sa domination ou qu'il utilise à son profit ».

Nous voulons ainsi, à la suite du professeur Yung, insister sur le caractère relatif des fondements de la responsabilité pour avancer les propositions qui suivront.

Rien ne paraît justifier en principe que ceux qui souffrent des défauts des produits doivent rester sans remède, et il paraît juste de faire supporter le poids de leur réparation à ceux qui les ont causés par leur faute ou par leur fait. Les lacunes que le recours à la faute laisse ouvertes et les difficultés pratiques, voire logiques, qu'il soulève dans notre domaine font souhaiter qu'un autre principe soit élu pour attacher une responsabilité à l'activité qui rend compte des dommages. C'est bien en définitive à l'évolution de la production industrielle et aux transformations des méthodes commerciales qu'elle impliquait qu'il faut imputer l'insuffisance d'une responsabilité fondée sur la faute⁴²⁴. L'évolution n'a pas été jusqu'à exclure la pertinence de la faute, elle n'a fait que la ramener à un élément parmi tous ceux qui permettent à des produits défectueux de passer sur le marché, cela parce que la diligence individuelle a cessé de suffire à empêcher que des dommages illicites se produisent, si rigoureuses que les exigences de l'ordre juridique soient devenues. Selon qu'on met l'accent sur la nécessité de réparer les dommages causés par des produits défectueux ou sur l'attachement aux principes de la faute, on choisit la constance au niveau des causes, la diversité au niveau des effets ou l'inverse ; la constance aux deux niveaux n'est pas possible. On pourrait envisager un système mixte, soit une responsabilité pour faute dans les cas où « typiquement » (défauts de construction par exemple), il y a lieu d'en attendre une, une responsabilité objective pour les autres situations (défauts de fabrication dans une chaîne automatisée). Ce serait toutefois introduire une complication inutile car le lésé serait toujours plus mal placé dans la première hypothèse ; or si on tient à la faute pour sa valeur morale, il est contradictoire de moins bien protéger le lésé quand il y en a une par présupposition que quand il n'y en a pas.

⁴²⁴ Cf. Tunc, *Machine...*, p. 314.

La solution doit être *une*⁴²⁵ pour des motifs de simplicité, de sécurité et d'équité qui nous paraissent s'imposer. La fonction première de la responsabilité civile est la réparation des dommages causés sans droit. Les atteintes à la santé, à la vie et à la propriété sont objectivement illicites dans notre ordre juridique ; elles sont la violation de droits subjectifs absolus. La faute quant à elle n'est qu'un fondement possible de la réparation des dommages qui en résultent. Il importe de préférer la notion générale à celle qui l'est moins si aucun motif particulier ne justifie le contraire.

Si parallèlement à l'apparition de dommages indépendants d'une faute, le sentiment de la justice prévalant dans la société réclame qu'ils soient néanmoins réparés par celui qui les cause, la seule voie ouverte est celle d'une responsabilité sans faute⁴²⁶. Les conditions et les limites de son application ne résidant pas dans la faute, il importe de déterminer le plus précisément possible l'état des faits qui la mettront en œuvre.

B. — Comme la solution des litiges entre fabricants et consommateurs ou tiers lésés ne peut que rarement être trouvée dans le cadre contractuel, c'est une responsabilité de caractère *extra-contractuel* qui s'impose. Ce point de vue est partagé par la majorité des auteurs suisses qui ont étudié le problème⁴²⁷, tandis que le professeur Stark considère que la solution de l'art. 41 C.O. est suffisante⁴²⁸. En Allemagne, Simitis préconise la même approche^{429 430}.

L'introduction d'une responsabilité causale extracontractuelle du fabricant suppose une *intervention du législateur* puisque la base générale de la réparation reste la faute dans notre systématique. La jurisprudence ne peut pas aller jusqu'à la création d'une nouvelle responsabilité dérogeant au principe général de la faute dans un domaine comme celui que nous étudions, sinon par des voies fort détournées⁴³¹, et cela au détri-

⁴²⁵ Simitis, *Soll die Haftung...*, p. 15 ; Diederichsen, *Die Haftung...*, entre autres p. 9, 177, 347.

⁴²⁶ Diederichsen, *ibid.*, p. 352 est d'accord.

⁴²⁷ Gilliard, *Rapport*, p. 300 ss., Spiro, *Zur Haftung...*, p. 269 ss. ; Yung, *Etudes et Articles*, pp. 316 et 317 ; Tandogan, dans *Mélanges Roger Secrétan*, p. 307.

⁴²⁸ *Einige Gedanken...*, p. 290 ss.

⁴²⁹ *Soll die Haftung...*, p. 97.

⁴³⁰ La solution préconisée par Diederichsen est également extracontractuelle, mais pas délictuelle pour autant : *Die Haftung*, p. 360 et ss. ; voir par ex. la critique de Rehbindler de l'arrêt du BGH du 26.11.1968, où le tribunal a renversé le fardeau de la preuve, dans *Jus* 1969, p. 208 ss.

⁴³¹ Sur la manipulation du fardeau de la preuve pour donner satisfaction au lésé, voir encore Lorenz, *Beweisprobleme...*, AcP 170 (1970), pp. 367 ss. ; Westphalen, *Neue Gesichtspunkte...*, BB 1971, p. 152-157 ; Kuschinke, *Die Risiken der Beweisführung...*, dans *Jus et commercium*, Festschrift für Franz Laufke, Würzburg 1971.

ment de la précision des notions, de la sécurité juridique et contre l'esprit des institutions ⁴³².

C. — Nous ne nous soucions pas excessivement du nom à donner à la responsabilité causale du fabricant telle que nous la préconisons. L'expression de « Gefährdungshaftung » n'est pas univoque : Von Tuhr l'applique à la responsabilité du propriétaire d'un bâtiment ou d'un ouvrage ⁴³³ ; Oftinger préfère la limiter aux situations où l'exercice d'une activité, une exploitation ou l'emploi d'un bien implique un risque particulier de dommage ou la création de dangers particulièrement intenses ⁴³⁴ ; Esser ⁴³⁵ et Simitis ⁴³⁶ considèrent qu'elle se justifie toutes les fois que des dommages surviennent sans qu'une faute en rende compte, soit quand des dangers typiques et inévitable sont attachés à une activité par ailleurs licite.

En droit suisse, Oftinger représente la tendance dominante quand il précise que le danger doit être compris de deux façons :

1. une tendance marquée de l'activité à causer des dommages ;
2. la vraisemblance qu'une anomalie de l'activité aura quantitativement des suites graves.

Toutes les responsabilités pour risques reposent sur l'un au moins de ces caractères, sinon les deux ⁴³⁷.

En soi, l'activité de production ne présente peut-être pas ces caractéristiques. Mais la diffusion de produits *défectueux* est une source réelle de dangers, tandis que la présence envahissante de la technique renforce la gravité des risques (mécaniques, électricité, chimie, pétrole, etc.). Si l'on attache la responsabilité aux risques inhérents, non pas à l'activité productrice dans son principe, mais à une de ses manifestations strictement définies, soit la diffusion de produits dangereux pour le public et ses biens corporels, la tendance particulière à causer des dommages ne peut pas être contestée.

Du reste, les deux conditions que nous venons d'évoquer à la suite d'Oftinger ne sont en aucun cas de nature à lier le législateur malgré

⁴³² Mais voir *supra*, note 422 ; Simitis, *Soll die Haftung...*, p. 83 ; Spiro, *Zur Haftung...*, p. 279.

⁴³³ *Partie générale du CO*, trad. Thilo/Torrenté (1933), vol. I, p. 360.

⁴³⁴ Voir note 418.

⁴³⁵ Esser, *Die Gefährdungshaftung* (éd. 1969), p. VII.

⁴³⁶ Simitis, *Soll die Haftung...*, p. 65.

⁴³⁷ Oftinger, *Haftpflichtrecht*, vol. I, p. 16.

leur valeur et leur importance au niveau de la description et de l'explication. Le vrai problème est de déterminer qui doit supporter le risque du dommage, de décider à quelle activité il doit être rattaché, de trouver une règle de partage qui ne repose pas sur la faute.

Il va de soi que les *risques de l'utilisation d'un produit sans défaut incombent à qui en bénéficie directement, l'usager ou le consommateur*.

De même, le fabricant supportera-t-il toujours les risques propres à son activité de production *avant* que le produit soit diffusé dans le public. La faute ne joue aucun rôle : le fabricant doit renoncer à distribuer son produit reconnu défectueux à temps, que le défaut fût impossible à prévoir ou non, qu'il soit la conséquence d'une faute d'un organe, d'un employé ou d'un tiers (fournisseur de pièces détachées, par exemple).

Si le défaut est décelé *après* la diffusion, le risque de perte sera le même pour le fabricant quant à l'avenir ; mais la diffusion dans le public y aura probablement fait apparaître d'autres dommages. Que le patrimoine du fabricant en soit affecté ou non dépend de la possibilité pour les victimes directes de lui en faire supporter la réparation : c'est pour lui un risque *indirect*.

Il se trouve ainsi que les risques courus *directement* par le fabricant sont les mêmes, que le produit soit reconnu défectueux avant ou après la diffusion : il doit renoncer à la diffusion ou l'interrompre. Les *risques indirects* en revanche n'existent que dans la seconde hypothèse et leur manifestation n'est pas la même.

Le public ne court de risques — directs — qu'*après* la diffusion du produit défectueux ; ces risques ont une *origine identique* à ceux directs ou indirects du fabricant, mais se manifestent autrement. Il est certain qu'on ne peut pas les qualifier comme des risques inhérents à la consommation ou à l'utilisation, sinon très indirectement. Leur origine est ailleurs, et l'utilisation ou la consommation ne sont que les conditions nécessaires de leur réalisation. Le public ne veut pas acquérir de produits défectueux. Il paie le prix correspondant à un objet sans défaut. De la fabrication en revanche ne peuvent pas être dissociées la diffusion ni l'utilisation ou la consommation des biens qui en sont les conditions mêmes. Il existe une parenté entre les deux sortes de risques courus par le fabricant parce que la diffusion ne change rien dans la mesure où elle est impliquée par la fabrication qui n'aurait pas de sens sans elle. Le fait que le risque se manifeste autrement et dans une autre sphère qu'avant la diffusion n'est que le développement, *voulu* dans son principe par le fabricant, de son activité : le seul fait de la diffusion ne suffit pas à justifier le déplacement du risque.

Cowan ⁴³⁸ a représenté graphiquement comment les risques se manifestent soit dans la sphère du fabricant, soit dans celle du consommateur, suivants que les tests auxquels le produit a été soumis ont conduit à sa commercialisation ou à son abandon par le fabricant.

QUALITÉ DU PRODUIT (EN FAIT).

		Bonne	Mauvaise
RÉSULTAT	Accepté	Aucun risque	Risque du consommateur
	Rejeté	Risque du fabricant	Aucun risque

Tandis que le défaut ne présente aucun avantage pour le lésé, il peut arriver que l'intérêt économique du fabricant le conduise à choisir une formule technique ou un procédé de montage offrant moins de sécurité qu'un autre, mais plus avantageux parce que plus rentable. Le fabricant en tirera un profit directement ; les acheteurs aussi, mais indirectement (baisse du prix par exemple) si le risque ne s'actualise pas chez eux. Les victimes au contraire supporteront une perte sans contrepartie. C'est ainsi que Cowan peut comparer la création d'un risque par le fabricant à une expropriation : en acceptant de le faire courir aux usagers, le fabricant s'arroge un droit d'« exproprier » les intérêts d'autrui. Que sans commettre de faute au sens habituel, il entreprenne librement une activité dont les conséquences peuvent être dommageables, signifie qu'il en accepte les conséquences: S'il ne commet pas de faute subjective, il n'en commet pas moins une sorte de faute objective, justifiant une responsabilité « conditionnelle » : les conséquences inévitables non voulues de ce qui est par ailleurs voulu sans faute subjective doivent être imputées à celui qui prend la décision originaire. C'est pourquoi le fabricant doit assumer la réparation des dommages causés par les défauts de

⁴³⁸ 17 Stanford L.R. (1965), p. 1091.

ses produits, sous réserve de la façon dont il se couvre lui-même contre ce risque ⁴³⁹.

Le principe de la répartition des risques conduit à la même conclusion. Comme le juge Traynor l'a bien mis en évidence, le dommage causé au lésé par un produit défectueux est le plus souvent un accident important en proportion de ce que sa réparation représenterait pour le fabricant ⁴⁴⁰. Pour le second, il ne s'agira en général que d'une fraction de ses coûts tandis que dans le cadre du patrimoine du lésé, il s'agira d'un élément de dépense beaucoup plus important en termes relatifs (car les situations où toute la production serait défectueuse sont exceptionnelles). Autrement dit, si par hypothèse, les défauts menacent un produit sur mille, ou telle tranche de la production, ce risque limité dans l'optique du fabricant se manifeste *intégralement* chez quelques lésés, qui en supportent la totalité. Il s'agit en conséquence d'éviter le déséquilibre excessif qui apparaît ainsi, de trouver une formule qui permette d'atténuer la rigueur pour les lésés d'une situation où ils devraient supporter seuls la charge d'un risque qu'ils ne contribuent en rien à faire naître. Le fabricant et ceux qui remplissent une fonction prépondérante dans la diffusion des biens sont par définition mieux placés pour servir de pivot à la répartition des risques que leur activité fait courir à ceux à qui ils s'adressent directement ou indirectement. Comme on l'a répété souvent après le juge Traynor ⁴⁴¹, ils sont les mieux placés pour distribuer et répartir les pertes que quelques-uns parmi la masse de ceux qui achètent les biens subissent. Ils peuvent faire retomber les pertes sur les consommateurs en les intégrant dans leur prix de revient et de vente, ou en contractant des assurances pour couvrir les effets de leur responsabilité. Il se trouve ainsi que ceux qui seront frappés ne seront pas sans recours, mais que tous les membres du public contribueront, avec le fabricant, à couvrir les conséquences d'un risque les menaçant tous au départ, mais ne se manifestant qu'aux dépens de quelques-uns. C'est la contrepartie de l'intérêt du public dans son ensemble et du fabricant à l'existence ou à la poursuite de la production concernée ⁴⁴². L'organisation et la charge de ce mode de répartition incombent à ceux qui exercent l'activité rendant compte du dommage. C'est à notre sens un argument de portée générale décisif pour faire supporter au fabricant une responsabilité globale pour les produits défectueux.

⁴³⁹ *Id.*, p. 1087 ; voir aussi Diederichsen, *Die Haftung...*, p. 360.

⁴⁴⁰ Voir *Greenman v Yuba Products*, 377 P 2d 897, 901 (1962).

⁴⁴¹ Keeton, 64 Michigan L.R. (1966), p. 1328 ss., 1333 note 13.

⁴⁴² Giesen, NJW 1968, p. 1401 ss., 1406.

L'idée directrice dans ce travail ne coïncide pas exactement avec la notion classique de responsabilité pour risques. Mais au-delà des questions de vocabulaire, la notion de danger y est incluse ; ce danger est caractéristique d'une certaine situation, celle de la diffusion des biens affectés de propriétés dangereuses pour les tiers, qui ne sont pas appréciées comme telles, ou purement latentes. C'est là que nous situons le risque pertinent plutôt que dans la nature du produit ou la gravité particulière du dommage qu'il pourrait causer, ou dans le caractère dangereux en soit de l'activité qui en rend compte.

Même si la présence de défauts dans les produits n'est pas forcément un risque particulièrement grave ni fréquent du point de vue statistique, les conséquences de ces défauts quand ils existent constituent un danger réel pour le public qui s'y trouve exposé pratiquement sans moyen de s'en protéger à l'avance. Le lésé n'est pas certain d'en obtenir réparation parce que la structure du commerce et de la production industrielle modernes entre mal dans les cadres classiques de la législation.

L'intervention massive de la technique appelle une protection plus stricte du public. La publicité, la prépondérance économique de ceux qui assument la production et le commerce à grande échelle, la confiance du consommateur au sens où Diederichsen la comprend, la pratique des prix imposés sont autant de motifs de fait à côté des conséquences juridiques de la dilution du fait personnel dans l'organisation industrielle et de la nouvelle structure de la diffusion des biens pour justifier une responsabilité causale, du fait de leur coïncidence.

L'instauration d'une responsabilité causale extracontractuelle est le meilleur moyen *technique* de tenir compte de tous les facteurs que nous avons évoqués. C'est pourquoi nous répéterons qu'il est peu important que les faits de notre problème ne correspondent pas à ceux qui ont justifié l'instauration des responsabilité pour risques que nous connaissons déjà.

Les différents types de responsabilité qu'on peut envisager ne sont pas inscrit dans la nature des choses. Leur fonction est d'organiser clairement, rationnellement et dans la mesure du possible, simplement, les situations qu'ils doivent régir.

Toute l'analyse du professeur Diederichsen, si convaincante au niveau des motifs justifiant une modification du droit, ne nous paraît pas conduire forcément à la création d'institutions de contenu original ; les remèdes nouveaux qu'exige une situation nouvelle n'ont pas besoin d'être *techniquement* nouveaux quand ils passent dans le droit positif ⁴⁴³.

⁴⁴³ Il est vrai que cet auteur estime que la forme de responsabilité qu'il préconise ne demande pas d'intervention législative.

II. — LES ÉLÉMENTS DE LA RESPONSABILITÉ PROPOSÉE.

A. — *Le produit défectueux.*

Les pages qui précèdent nous conduisent à esquisser plus précisément les conditions d'une responsabilité causale de caractère extra-contractuel pour les dangers que fait courir au public la diffusion de produits défectueux. Nous serons ainsi amené à définir le produit défectueux, à désigner le sujet passif de la responsabilité proposée, à circonscrire les dommages qu'elle doit couvrir et à fixer ses limites.

1. *Le produit.*

Il importe de savoir à *quels produits* la responsabilité sans faute doit s'appliquer. Sont des produits tous les objets mobiliers finis distribués dans le commerce comme le fruit d'une activité humaine. Le degré de valeur ajoutée par l'activité aux composants naturel ne joue pas de rôle en principe. Une salade, un atomiseur de liquide insecticide ou une voiture sont des produits. Les « objets usuels » couverts par la loi et l'ordonnance sur les denrées alimentaires⁴⁴⁴ entrent dans cette définition, même s'ils sont destinés à être inclus dans un autre produit⁴⁴⁵.

Les produits qui par définition ne sont pas destinés à la diffusion dans le public en général, mais doivent être auparavant incorporés dans un processus de production particulier, soulèvent des difficultés. La situation de base n'est en effet pas la même que dans la distribution directe au public : il y aura le plus souvent un rapport contractuel direct entre le fabricant d'un bien de production et son usager. Nous pensons toutefois avec Simitis et Diederichsen⁴⁴⁶ que les distinctions entre les biens de production et de consommation échappent continuellement à l'analyse : suivant les circonstances, un même bien entrera dans une catégorie ou dans l'autre. Aussi paraît-il préférable d'assimiler tous les produits et de laisser à la pratique le soin de trancher les cas-limites. Les dommages subis par l'utilisateur d'un bien de production véritable seront souvent d'ordre purement économique et l'existence d'un rapport direct permettra aux parties d'aménager la responsabilité comme elles l'entendent.

Il ne faut pas se préoccuper de la distinction entre meubles et immeubles. Il arrive fréquemment qu'un meuble soit incorporé dans un immeu-

⁴⁴⁴ RS vol. 4, p. 475, suivie de l'ordonnance p. 485.

⁴⁴⁵ Ex. : RO 49 I 465 = JT 1924 I 372.

⁴⁴⁶ Simitis, *Soll die Haftung...*, p. 59 ss. ; Diederichsen, *Die Haftung...*, p. 180.

ble ou que son installation en fasse un ouvrage, sans que les dangers qu'il peut receler en soient aggravés. Il faut s'en tenir à la notion de produit immédiatement utilisable distribué dans le public. Les produits qui nous intéressent seront pratiquement toujours des objets mobiliers : mais il ne faut pas en exclure a priori ceux qui seraient devenus partie intégrante d'un immeuble sans modification notable. Que le produit soit distribué dans le public n'implique pas forcément qu'il soit mis en vente. La forme juridique de la diffusion ne joue aucun rôle pourvu que le fabricant ou le fournisseur ait abandonné le contrôle du produit.

Des problèmes pourraient se poser pour les avions de lignes, les autobus, les véhicules de chemin de fer qui sont traités comme les autres produits dans la jurisprudence américaine. Nous ne pensons pas que leur prise en considération s'impose dans notre ordre juridique qui part du principe que leur *exploitation* crée un risque qui couvre et absorbe celui d'un défaut. La nécessité d'une responsabilité spéciale a déjà été ressentie ; il s'y ajoute que comme pour les bâtiments, la condition de la distribution dans le public n'est pas remplie ; on pourrait cependant l'admettre pour les petits avions de tourisme, ou certains autobus, même si la diffusion est en fait limitée. Il faudrait alors décider de cas en cas si le risque de l'exploitation l'emporte sur le danger inhérent au défaut et l'absorbe, s'il coexistent, ou si le second est seul pertinent.

2. *Le défaut.*

Comme nous l'avons déjà dit, ce n'est pas le dommage causé par le produit qui nous paraît mériter réparation, mais celui causé par un vice affectant le produit lui-même, son conditionnement, ou les avertissements qui l'accompagnent. La définition de ce vice est probablement la pierre d'angle de toute la problématique et c'est d'elle que dépend la possibilité de soumettre à des règles simples et claires la nouvelle responsabilité en tenant compte du caractère extra-contractuel qu'il faut lui donner.

La notion de défaut est déjà présente dans notre droit privé : en matière de vente, de contrat d'entreprise, de responsabilité du propriétaire d'un bâtiment et d'un ouvrage notamment. Les défauts de la chose vendue affectent surtout son utilité et sa valeur : c'est l'absence d'une qualité présumée ou promise, la présence d'un vice implicitement ou explicitement exclu. C'est avant tout l'intérêt économique de l'acheteur qui est menacé ; la valeur et l'utilité de la chose vendue sont éminemment variables au gré des circonstances. La volonté des parties, ce qu'elles savaient ou devaient savoir, sont essentielles pour juger de l'existence d'un défaut, le prix pourra être un élément déterminant.

Le défaut de construction de l'art. 58 C.O. est beaucoup plus objectivement défini ; car au défaut est associée l'idée de danger pour la personne et les biens (meubles et immeubles) d'autrui comme cela ressort sinon du texte même de la loi, au moins de son interprétation constante ⁴⁴⁷. La jurisprudence a pu, dans le cadre délimité par la définition fonctionnelle du défaut comme source de responsabilité causale, apporter tous les compléments et nuances qui ont paru nécessaires. A travers la notion de défaut, apparaît celle d'un devoir objectif de diligence qui en fixe la limite. L'observation des règles de l'art en matière de construction, l'appréciation des risques que font courir les bâtiments et les ouvrages sont des réalités relativement accessibles et simples. Ce critère ultime fait du défaut ainsi compris une notion assez claire pour être utilisable sans difficulté majeure.

Dans notre domaine la situation est loin d'être aussi simple. La qualité, le fonctionnement, l'utilité et la valeur des biens sont des notions variables et relatives selon les circonstances, les volontés, les prix, etc. Parler de défaut dans cette perspective renvoie aux contrats, aux transactions commerciales en général, au domaine de la volonté des individus, de leurs expectatives dans une situation particulière : aucune définition « absolue » ne peut être donnée du défaut. La diligence objective du fabricant est beaucoup moins facile à mesurer et à contrôler qu'en matière de construction ou d'entretien du bâtiment.

Mais notre ordre juridique protège particulièrement la personne et la propriété : si le produit conduit à des dommages corporels ou matériels quand il a été utilisé conformément à son usage prévu, le défaut prend alors une acception beaucoup plus stable. Le critère n'est plus le fonctionnement, l'utilité économique, mais bien *la propension à mettre en danger la vie ou les biens* ; dans cette perspective qu'un pneu s'use vite ou lentement n'entre pas dans le cadre que nous traçons. Mais qu'il éclate après une courte période d'usage manifeste un défaut au sens qui nous intéresse. Qu'il ait été payé plus ou moins cher est irrelevant. Si on limite l'application du mot défaut à *toute propriété dangereuse insoupçonnée*, on a une première délimitation. Les choses dangereuses ne sont pas par cela même défectueuses. Les réflexions de Diederichsen sur la confiance de l'usager dans la bonté du produit qui se trouve sur le marché implique en principe du moins, l'*ignorance* du danger ; de même le professeur Stark ⁴⁴⁸ incline aussi à faire répondre le fabricant pour les dangers inconnus de l'usager ordinaire ⁴⁴⁹. L'ignorance de l'usager ordi-

⁴⁴⁷ Otfinger, *Haftpflichtrecht...*, II/1, p. 16.

⁴⁴⁸ *Einige Gedanken...*, p. 284.

⁴⁴⁹ Weitnauer, NJW 1968, p. 1593-1594.

naire renvoie à un critère global qu'on retrouve souvent : le professeur Weitnauer par exemple parle ainsi d'un danger au sens étroit quand une chose ne possède pas les qualités exigées dans la pratique des affaires (*Verkehrsanschauung*)⁴⁵⁰.

La définition donnée par le *Restatement of torts 2nd* s'appuie sur la même idée (comment i) : « a product is defective if it is dangerous to an extent beyond that which would be contemplated by an ordinary purchaser, with the ordinary knowledge common to the community as to its characteristics... » L'élément d'imprévision est ainsi décisif pour la qualification comme défectueux du produit. On se fonde sur les « characteristics » du produit et la déviation par rapport aux autres produits du même genre dénonce le défaut. Il faut toutefois parvenir à qualifier le genre, ce qui n'est pas toujours possible. Cette sorte de définition s'applique parfaitement toutes les fois que le défaut est ce que docteur Spoendlin appelle « absolu » (*absoluter Sachinangel*)⁴⁵¹ soit tout simplement évident pour n'importe qui, quelle que soit la perspective adoptée, y compris celle du fabricant. C'est facile quand il s'agit d'objets courants comme une boîte de conserve, une motocyclette, etc., mais les difficultés apparaissent dès qu'on songe à des remèdes qui ont des effets secondaires nuisibles par exemple ; ils peuvent fort bien ne pas être considérés comme défectueux, quand bien même l'utilisateur ordinaire ignore les risques qui accompagnent son administration parce qu'il ne comprend rien à la notice du fabricant ou que ce dernier n'a rien dit : dans une espèce de ce genre, il est possible que le remède eût été pris par le patient même en connaissance de cause. Il faudrait au moins que l'ignorance du danger fût la cause de l'utilisation du produit dangereux, et par là même du dommage.

Il arrive aussi qu'inversement la connaissance abstraite du danger chez l'utilisateur ne suffise pas à en compenser l'intensité : ce pourrait être le cas d'un insecticide très toxique pour l'homme vendu librement avec tous les renseignements adéquats inscrits sur l'emballage, dont l'utilisation exposerait cependant l'utilisateur et sa famille à des risques tels que le produit ne devrait pas être distribué du tout. L'utilisateur se verrait-il opposer une faute concomitante exclusive ? Si des tiers sont susceptibles d'être atteints, le fait que l'utilisateur ait connu le risque et la faute qui lui serait sans doute imputée seraient-ils pour autant exclusifs de la causalité adéquate entre les dangers inhérents au produit et le dommage subi ? On peut en douter. Le critère fondé sur ce que l'utilisateur normal peut ou doit connaître pose des problèmes difficiles d'appréciation quand

⁴⁵⁰ *Id.* Cf. Hahn, Intervention au 47 DJT (1968), page 48.

⁴⁵¹ SSJ, Débats (1967), p. 807.

le fabricant avertit des dangers, mais aussi quand le risque était apparent comme il arrive souvent pour des engins mécaniques qui ne sont pas pourvus de dispositifs spéciaux de sécurité. Il ne faut pas que le fait que l'utilisateur pouvait reconnaître le risque inhérent à la formule ou à la conception du produit lui enlève forcément tous moyens d'agir. Cela reviendrait paradoxalement à exiger de lui une diligence plus grande que celle demandée du fabricant.

Keeton suggère un critère qui nous semble devoir offrir une solution très satisfaisante parce qu'elle inclut l'optique du fabricant lui-même dans une perspective objective⁴⁵² : « a product ought to be regarded as unreasonably dangerous (c'est-à-dire défectueux) at the time of the sale if a reasonable man with knowledge of the product's condition, and an appreciation of all the risks found to exist by the jury at the time of trial, would not now market the product, or if he did market it, would at least market it pursuant to a different set of warning and instructions as to its use... thus, a product is improperly designed if its sale would be negligent on the part of the maker who had full knowledge of all the risks and dangers that were subsequently found to exist in the product, regardless of the excuse that the maker might have had for his ignorance of such dangers. » C'est le danger *en fait*, ajoute-t-il, tel qu'il apparaît au moment du procès, qui importe.

Même si Keeton ne propose ce critère que pour les produits dont la conception technique est en cause, nous ne voyons pas d'obstacle à l'appliquer d'une façon plus générale à tous les produits que nous qualifions de défectueux. Il introduit une idée extrêmement féconde, plus précise que la référence à ce qu'on peut « normalement » attendre, la « Verkehrsschauung ». Il fait intervenir l'*illicéité du comportement* du fabricant étant admis par hypothèse que toutes les propriétés dangereuses du produit étaient connues au moment de sa mise en circulation. Il n'est dès lors pas nécessaire d'apprécier le contenu de ce qu'un consommateur ordinaire pouvait attendre légitimement. Il suffit de juger si la diffusion du produit équivalait *objectivement à faire naître un danger illicite*, toutes choses étant par hypothèse connues. Le critère de la « négligence » (pour nous l'*illicéité objective* de la menace contenue dans le produit) donne les éléments du défaut formulés en termes de droit. Il limite au minimum les inconnues inséparables d'un jugement de valeur, parce que les bases de ce jugement sont déjà posées dans l'ordre juridique⁴⁵³.

⁴⁵² 20 Syracuse L.R. (1969), p. 568.

⁴⁵³ RO 64 II 254 = JT 1939 I 42 parmi une très nombreuse série.

Le professeur Spiro a développé un critère semblable ⁴⁵⁴ en disant : « Fehlerhaft ist das Produkt immer, aber auch nur dann, wenn ich es, hätte ich alle Eigenschaften gekannt, so nicht hätte fortgeben dürfen, wobei es natürlich vielfach gerade bei für die Gesundheit Dritter gefährlichen Produkten nicht genügen wird, nur gerade den Abnehmer zu warnen, und es auch nicht darauf ankommt, ob ich die vertraglichen Pflichten gegenüber dem Abnehmer erfüllt oder verletzt habe, sondern nur darauf, ob ich bei Weggabe in Kenntnis der Dinge meine allgemeinen Pflichten verletzt, eine unerlaubte Handlung begangen hätte ; nicht um die Gewährleistung gegenüber dem Vertragspartner geht es hier, sondern um die Haftung gegenüber dem Verletzten. Fehlerhaft ist die Sache eben nicht an sich und schlechthin, sondern immer nur Kraft der Weggabe, in deren Zeitpunkt und nach Massgabe der durch die Weggabe geschaffenen Gefahren. » Le professeur Spiro laisse ouverte la question du moment relevant pour l'appréciation de l'état de la science et de la technique, mise en circulation ou procès : l'application de la responsabilité du fait des produits aux « Entwicklungsgefahren » dépend de ce choix ⁴⁵⁵. Cette

⁴⁵⁴ *Zur Haftung...*, p. 277. Le projet hollandais repose sur la même idée : texte de l'art 13 reproduit ici d'après Stark, Rapport, p. 191 [N 454] :

« Art. 13. — Wer ein Erzeugnis herstellt und in den Verkehr bringt oder bringen lässt, das durch einen ihm unbekannten Mangel Gefahr für Personen oder Sachen schafft, ist, wenn sich diese Gefahr verwirklicht, verantwortlich, als wäre ihm der Mangel bekannt gewesen, es sei denn, er beweist, dass der Mangel weder auf einem eigenen Verschulden noch auf dem Verschulden eines anderen, der in seinem Auftrag in bezug auf das Erzeugnis tätig war, noch auf das Versagen der von ihm verwendeten Hilfsmittel zurückzuführen ist.

Art. 15. — Wenn von einer Sache bekannt ist, dass ihr Gebrauch eine besondere Gefahr für Personen oder Sachen schafft, sobald einer oder mehrere bestimmte Mängel auftreten, so ist, wenn sich diese Gefahr verwirklicht, der Benutzer der Sache verantwortlich, als wäre ihm der Mangel bekannt gewesen.

Der vorstehende Absatz findet keine Anwendung auf Tiere, Baulichkeiten, Kraftfahrzeuge, Schiffe und Flugzeuge.

Art. 16. — Der Besitzer eines Stoffes, von dem bekannt ist, dass er Eigenschaften hat, die ihn trotz aller erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen zu einer besonderen Gefahr für Personen oder Sachen machen, ist im Falle der Verwirklichung der Gefahr verantwortlich, als wäre sie auf seine Verschulden zurückzuführen.

Art. 17. — Ist jemand auf Grund der vorstehenden Artikel verantwortlich, ohne dass ihm eine rechtswidrig-schuldhafte Handlung zuzurechnen ist, so kann der Richter nach Massgabe der Umstände die Entschädigung herabsetzen, soweit die Verantwortlichkeit durch eine Versicherung nicht gedeckt ist und der Schuldner zu einer derartigen Deckung nicht verpflichtet war.

Durch allgemeine Verwaltungsverordnung können Beträge festgesetzt werden, über die die in dem vorstehenden Absatz genannte Verantwortlichkeit nicht hinausgeht, sofern sie ohne eine derartige Begrenzung durch eine Versicherung redlicherweise nicht zu decken ist. »

⁴⁵⁵ Spiro, *Zur Haftung...*, p. 278.

façon de caractériser le défaut par le recours à la notion de mise en danger illicite permet de donner une solution à toutes les hypothèses. Elle conduit à déterminer si tel produit en général, ou tel *exemplaire* d'une série devait ou non être mis en circulation sans autre référence extérieure que le caractère illicite du danger qu'il fait naître. Peu importe qu'il s'agisse d'un défaut de conception, de construction, de fabrication, que les avertissements aient été inadéquats, le conditionnement défectueux, le mode d'emploi insuffisant, que le défaut soit imputable à une défaillance humaine, technique ou mécanique. C'est l'examen du *produit lui-même* qui permet de le qualifier comme défectueux. Cette méthode permet ainsi d'écarter les objections développées notamment par le professeur Stark⁴⁵⁶ et par M. Spoendlin⁴⁵⁷ sur l'inadéquation du « Sachmangel » comme point de rattachement : le critère posé *existe déjà* dans notre droit⁴⁵⁸ et il ne devrait pas être plus difficile de l'appliquer dans notre domaine qu'ailleurs. Elle correspond par ailleurs à l'idée générale que la responsabilité du fait des produits doit être considérée comme relevant de la responsabilité délictuelle au sens large, comme une application du postulat de notre ordre juridique que les atteintes à la personne et aux biens d'autrui ne sont pas licites. Elle a le mérite de bien dissocier l'intérêt que l'on peut avoir à l'exécution conforme d'une prestation dans les rapports contractuels, ou dans les situations analogues, soit l'intérêt à ce que les biens correspondent à l'attente légitime de celui qui les acquiert, à leur bon fonctionnement, à leur utilité, que des facteurs subjectifs et contingents rendent difficile à définir objectivement, de l'intérêt général et fondamental que nous avons tous à ne pas voir mis en danger notre personne et nos biens sans due justification.

Il reste certes des problèmes : le premier est que pour certains biens leur bon fonctionnement, soit ce qui correspond par analogie à l'intérêt à l'exécution en matière de contrat, peut être une condition de la sauvegarde de la personne et des biens : un extincteur contre les incendies par exemple, s'il est défectueux, un vaccin sur lequel on se repose et qui est sans effet ; d'une façon générale les *mesures de sécurité*, de *protection* que peut incorporer un produit. On remarquera toutefois que cette idée est si bien ressentie que les vaccins sont contrôlés par des tests, les extincteurs inspectés chaque année par leur fournisseur. Une autre difficulté apparaît avec les produits dont le mauvais fonctionnement risque d'affecter la santé ou les biens : le moteur d'un avion qui fonctionne mal,

⁴⁵⁶ SSJ Débats (1967), p. 816 N° 3.

⁴⁵⁷ *Id.*, p. 805-809.

⁴⁵⁸ Voir note 453 *supra*. Tandogan, *De l'utilité...* (multicopié, Genève, 1971), p. 36 ss. ; Yung, *Principes fondamentaux...*, p. 14.

la montre du plongeur qui s'arrête, l'ambulance qui tombe en panne, etc. Le critère proposé fournit cependant une solution satisfaisante. On se demandera toujours si *au moment de la mise à disposition* du public, l'état du produit faisait naître un danger, toutes choses étant connues. Or tous les produits faisant appel à la mécanique sont sujets à l'usure ; leur entretien est un élément décisif de la sécurité de leur fonctionnement. Il faudra tenir compte de ces facteurs pour juger si le produit était ou non défectueux, le seul fait qu'il ait mal fonctionné ne permettant pas de l'inférer.

Les problèmes posés par les produits inévitablement dangereux, par les remèdes ayant des effets secondaires notamment, ne sont pas insurmontables. Puisque c'est le produit lui-même qu'on juge, les risques inévitables que son usage désiré implique ne le disqualifient pas automatiquement. S'il a été mis en circulation avec les précautions, notamment les avertissements adéquats, on ne saura lui imputer de défaut. Même les produits médicaux tout nouveaux, appliqués dans des cas d'urgence, avant que la période des tests soit passée, ne seront pas la source d'une responsabilité pour leur producteur. Il n'en sera évidemment pas de même de produits dont les *procédés de fabrication* mécanisés, par exemple, ne peuvent empêcher que des exemplaires ratés apparaissent, quelle que soit la diligence des fabricants, parce que la science et la technique n'offrent pas de moyens de les éviter : pailles dans les métaux ou le verre, mauvais collage de l'emballage sous vide de produits alimentaires, etc. Là où l'art 55 C.O. dans sa version actuelle et l'« Organisationshaftung » (cette dernière apparemment en tout cas) libérerait le fabricant, il sera rendu responsable. Il s'agit ici d'un risque inévitable de la *production*, non de celui de l'*usage du produit*, et il paraît équitable que le fabricant le supporte. Il n'est pas nécessaire que le défaut se manifeste dans l'usage caractéristique du produit, bien que ce dernier donne, suivant les circonstances, des indications. Qu'une cartouche explose inopinément dans la poche d'un chasseur suffit. Mais l'usage est décisif quand le danger lui est attaché comme effet secondaire. L'illégalité de la menace dépendra de la comparaison de son intensité avec les avantages que présente l'utilisation du produit, le principe restant que le défaut retire toute justification à la diffusion du produit dans le public ; c'est une propriété *négative*.

Aucune référence n'est faite au caractère plus ou moins dangereux de telle catégorie de produits, car l'on sait combien ce genre de distinction est hasardeux. Il n'y a pas besoin non plus de tenir compte de la publicité ou de la renommée de la marque du produit, l'accent n'étant pas mis sur une confiance particulière de l'acheteur ou de l'usager. Le prix

payé ne joue aucun rôle non plus, puisque c'est le danger qui importe ⁴⁵⁹. Le cercle des personnes protégées n'est pas délimité. Ce n'est pas la définition du défaut qui doit y veiller, mais le champ de protection de la norme et les règles de la causalité adéquate. Quand le danger s'actualise seulement à cause d'un autre élément, la présence d'un autre produit par exemple, un problème pourra se poser : qu'on songe à ce qui se passe en pharmacologie dans les cas de synergie : il faudra, au gré des faits, décider de la prévisibilité objective de la survenance du dommage pour retenir ou rejeter le défaut qui prendra le plus souvent la forme d'avertissements inadéquats.

3. Conséquences de la définition du défaut ; les « *Entwicklungsgefahren* ».

a) Si on reprend les catégories de Lorenz et Simitis ⁴⁶⁰ les défauts de fabrication, qu'ils proviennent d'une négligence d'un employé, d'une défaillance mécanique dans le montage automatisé, d'une lacune dans le contrôle, sont inclus. Le problème de l'application de l'art. 55 C.O. ou d'une prescription instaurant une « *Organisationshaftung* » ne se pose pas, pas plus que celui de la possibilité technique ou économique d'améliorer le procédé de fabrication. Si une pièce isolée fournie par un tiers est défectueuse, la responsabilité est aussi encourue. La diligence déployée n'est pas en cause puisque le défaut se définit objectivement (tandis que l'art 58 C.O. renvoie en dernière analyse à un devoir objectif).

La solution que Simitis propose en 1968 est identique : les « *Fabrikationsfehler* » doivent être traités selon les règles d'une « *Gefährdungshaftung* », même quand ils ne résultent pas d'une faute ⁴⁶¹.

Pour le défaut de construction, la solution sera la même bien qu'une faute ait pu être commise ou au moins une erreur technique au niveau de l'activité des employés supérieurs ou des organes de l'entreprise de production. Il semblerait paradoxal de laisser en dehors de la responsabilité causale ce genre de défaut sous prétexte qu'ils proviennent en principe d'une faute et qu'en conséquence les règles habituelles leur sont applicables. Car si la faute n'est pas établie (ou la preuve libératoire de l'art. 55 C.O. rapportée) avec toutes les complications évoquées plus haut ⁴⁶², le lésé n'obtient pas réparation ; et si la responsabilité était acquise en définitive, elle le serait toujours au prix d'une tâche plus

⁴⁵⁹ D'un autre avis Gilliard, *Rapport...*, p. 302 art. II ch. 4.

⁴⁶⁰ Cf. *supra*, p. 19.

⁴⁶¹ *Soll die Haftung...*, p. 97, thèse IV ; p. 65-66.

⁴⁶² Cf. *supra*, p. 141 ss.

lourde que dans la responsabilité causale. Cette distinction utile au niveau de l'analyse ne doit pas passer dans la réglementation.

Les dangers suscités par des modes d'emploi ou des avertissements mal adaptés peuvent remonter à une grande variété de causes qui recouvrent généralement celles des défauts de fabrication ou de construction. Bien qu'ils ne se manifestent pas dans le produit lui-même, ils doivent être traités de la même façon que les précédents.

b) Le problème le plus difficile est posé par les risques inhérents au développement de la science et de la technique (*Entwicklungsgefahren*). Il faut parler pour être plus précis des situations où la somme des connaissances à un moment donné ne permet pas au fabricant de prévoir, de connaître et partant de prévenir les effets d'une propriété dangereuse dans un produit, soit en avertissant, soit en modifiant le produit, soit en renonçant à le diffuser. Il va sans dire qu'une responsabilité fondée sur la faute, sur un devoir objectif de diligence ou sur un vice dans l'organisation de l'entreprise (*Betriebsmangel*) ne saurait en rendre compte. La responsabilité préconisée dans ce travail pourrait ne pas les inclure non plus : si le moment décisif pour déterminer l'état des connaissances est celui de la mise en circulation du produit, le fabricant ne répondra pas s'il est prouvé que le danger n'était pas décelable ni évitable. Si le moment décisif est celui du procès, la responsabilité du fabricant sera la plus souvent engagée, le critère général que nous avons proposé avec le professeur Spiro s'appliquant comme dans les autres hypothèses pour déterminer si un défaut existe ⁴⁶³.

Les auteurs sont en majorité peu favorables à la responsabilité pour des dangers impossibles à connaître au moment de la diffusion du produit. Leurs réticences se fondent sur deux sortes de raisons.

En droit, pour tous ceux qui voient dans la responsabilité l'effet d'un *comportement* criticable du fournisseur de biens, même si la faute est remplacée par la violation objective des règles de diligence, l'exclusion des « *Entwicklungsgefahren* » du champ de la responsabilité va de soi ⁴⁶⁴. Pour ceux qui, comme Diederichsen, voient le fondement de la responsabilité dans la confiance suscitée par la présence du produit sur le marché, l'argument est irrelevant ⁴⁶⁵.

⁴⁶³ *Zur Haftung...*, p. 278.

⁴⁶⁴ Notamment Gilliard, *Rapport...*, p. 302, part. II, ch. 1.

⁴⁶⁵ Dans le même sens pour d'autres motifs : Rehinder, *Jus* 1969, p. 212-213. *Pritchard v Liggett and Myers Tobacco Co*, 295 F 2d 292 : la publicité disait que les « Chesterfield » ne faisaient pas de mal.

Sur un plan plus politique, cette opposition s'appuie essentiellement sur deux motifs : premièrement le fabricant ne pourra pas s'assurer contre le risque de sa responsabilité parce qu'il est impossible à prévoir précisément et à calculer ; deuxièmement les progrès de la science et de la technique risquent d'être entravés et l'initiative des fabricants découragée par le spectre de la responsabilité, au détriment du développement de la société dans son ensemble ⁴⁶⁶.

Le premier argument ne nous paraît pas absolument fondé : le développement de la technique a modifié les conditions de l'assurance dans tous les domaines. Les risques ont pris des proportions gigantesques (énergie nucléaire, pétroliers géants, pollutions de toute sorte, etc.) et posent indubitablement des problèmes nouveaux. Nous ne pouvons nous empêcher de penser que des solutions adéquates peuvent être trouvées dans notre domaine comme dans les autres : les assureurs peuvent se grouper ; ou exiger de leurs assurés qu'ils complètent leur police par des mesures d'auto-assurance, et mettre au point des formules nouvelles de répartition des risques. Il nous semble très contestable de faire dépendre l'instauration d'une nouvelle responsabilité au niveau du droit civil, des réticences, fort compréhensibles il est vrai, mais pas forcément fondées, des assureurs. Il ne faut pas renverser l'ordre des facteurs déterminants : il paraîtrait particulièrement grave pour l'avenir du développement de notre société que l'on doive renoncer a priori à réorganiser certains aspects de la répartition des risques qui menacent les individus au nom d'impératifs qui ne sont pas absolument démontrés ⁴⁶⁷.

Nous ne croyons pas non plus que le développement global de la science et de la technique soit réellement menacé : d'abord parce que ce serait accorder bien peu de crédit à la valeur scientifique et morale de ceux qui produisent des biens. Faudrait-il admettre que contrairement à ce qu'ils laissent entendre, les fabricants ne seraient pas bien sûrs de la qualité de ce qu'ils offrent à grand renfort de publicité ? qu'ils auraient si peu de scrupules à mettre en danger la vie et les biens du public ? Si cela était, l'instauration d'une responsabilité rigoureuse serait encore plus nécessaire que nous le pensons.

⁴⁶⁶ FR-FR § 16.03 (4), p. 3-51.

⁴⁶⁷ Les problèmes d'assurances sont étudiés dans *Bulletin du Service des Sinistres de la Cie Suisse de Réassurances*, Ed. spéciale (3 parties, 1968-1971) ; Simitis, *Grundfragen*, p. 92 ss. ; id., *Soll die Haftung...*, p. 70 ss. ; Lorenz, *Die Haftung* (1966), p. 52 ; Roth, Vers. R. 1963 (Karlsruher Forum), p. 24 ss. ; Diederichsen, *Die Haftung...*, partic. p. 281 ; FR-FR § 50 ; Heppell, *Products liability Insurance*, Londres, 1967 ; Schürpf, *Probleme und Tendenzen...* ; *Travaux du XXIV^e Séminaire de Liège de 1971*, organisé par la Commission Droit et Vie des Affaires sur les *Risques de l'entreprise* (multicopié).

Il paraît au contraire certain, comme cela commence à se vérifier en matière de pollution pour les efforts consacrés à une production « propre », que la recherche d'une sécurité accrue sera l'occasion de développements scientifiques et techniques bénéfiques non seulement pour la protection du public mais pour le développement général des connaissances et de l'industrie ⁴⁶⁸.

En outre, la possibilité d'échapper à la responsabilité en montrant qu'on a tenu compte des connaissances et des techniques les plus récentes favoriserait indiscutablement les grandes entreprises mieux à même de se tenir au courant ou de faire des recherches étendues *tout en cachant leur résultat* quand la protection contre la concurrence l'exige.

Même si le développement scientifique et technique est un bien pour l'ensemble des hommes, ce qu'on admet en général, est-il équitable d'en faire supporter les risques à des individus isolés, frappés au hasard, qui seraient des cobayes sans recours, sacrifiés au développement général, tandis que les entreprises qui sont à l'origine de ce dommage pourraient se contenter d'enregistrer ce qui est arrivé aux victimes et en tenir compte pour modifier ce qui doit l'être dans leur production ? S'il est une situation où la théorie de la répartition des risques développée par le juge Traynor semble adéquate, c'est celle-là. Si le développement est une source d'avantages généraux, il faut que les victimes reçoivent compensation du sacrifice qui leur est imposé dans l'intérêt de tous : les motifs qui justifient l'indemnisation de droit public ne sont pas différents ⁴⁶⁹.

Nous avons déjà dit que nous ne voyons pas comment définir utilement *un* état de la science et de la technique à un moment donné ⁴⁷⁰ et évoqué les discussions sans fin des experts qui devraient le fixer. Ce n'est pas une notion extérieure aux entreprises productrices ; elles contribuent directement au développement scientifique et technique et ne s'en remettent pas *passivement* à des règles préexistantes ⁴⁷¹. Nous pensons également que le risque inhérent aux « Entwicklungsgefahren » n'est pas aussi grand qu'on pourrait le croire. D'abord parce que des mesures peuvent être prises dès que le défaut est connu ou même soupçonné seulement, pour en réduire les conséquences. S'il ne les prend pas, le fabricant se verra reprocher une faute et répondra quoiqu'il en soit, déjà dans l'état actuel de notre droit. Ensuite parce que le consommateur qui s'obstine à utiliser le produit reconnu dangereux serait responsable

⁴⁶⁸ *Le Monde* du 22 avril 1971, p. 1 et 30, 4 avril, p. 9 ; Diederichsen, *Die Haftung...*, p. 12. Voir la remarque de Fleming au 47. DJT, p. 45.

⁴⁶⁹ Cowan, 17 Stanford, p. 1088 ss.

⁴⁷⁰ Cf. *supra*, p. 25 ss. ; Keeton, 20 Syracuse L.R., p. 570.

⁴⁷¹ Reh binder, Jus 1969, p. 212.

de son malheur et n'obtiendrait pas de réparation. Quelle que soit la solution définitive en matière de tabac et de cancer des poumons dans le droit américain, celui qui viendrait se plaindre, dans le système que nous proposons, des effets nuisibles du tabac, se verrait opposer qu'il a assumé un risque connu et perdu tout droit à une réparation pour autant que ses lésions ne remontent pas à plus de vingt ans de consommation. Et encore le tabac est-il un exemple exceptionnel : les risques remontant le plus souvent à des produits nouveaux dont les effets nuisibles ne tarderaient pas à se manifester, la période pendant laquelle la responsabilité causale entrerait en jeu serait généralement limitée.

Tous ces motifs, joints à l'objectif de clarté et de sécurité que nous ne voulons pas perdre de vue, nous conduisent à préconiser la responsabilité causale pour les « Entwicklungsgefahren » aussi bien que pour les défauts et les dangers remontant à d'autres origines. Les autres conditions de la responsabilité devraient limiter le risque à des dimensions supportables. L'administration d'urgence par exemple d'un remède qui ne serait pas encore définitivement testé et entraînerait la mort du malade ne saurait engager la responsabilité du fabricant selon la définition que nous donnons du défaut, pas plus que la tentative désespérée du médecin qui entreprend une opération risquée ou nouvelle ; dans les deux hypothèses il faudrait juger si « in casu », le fabricant ou le médecin a violé un devoir général, tous les facteurs étant par hypothèse connus : ce ne serait pas le cas.

B. — *Le sujet de la responsabilité.*

Nous avons parlé du fait des produits plutôt que de la responsabilité du fabricant parce que ce dernier n'est pas le seul agent, même s'il est le plus important, que nous devons prendre en considération. La série d'opérations qui va de la conception d'un produit à sa distribution dans le public met en cause plusieurs personnes ou entités à l'activité desquelles la propriété dangereuse peut être rattachée, qu'elle apparaisse à un stade ou à un autre du processus, qu'elle provienne de l'application de notions scientifiques et techniques dans la conception ou la fabrication au sens étroit, etc. Un produit peut être inclus tel quel ou avec des transformations dans un autre, le conditionnement et l'emballage peuvent être la source de défauts et de dangers pour les tiers tout en étant le fait d'autres entreprises que celle du fabricant de l'élément essentiel. Il peut aussi arriver que le fabricant soit économiquement plus faible que le distributeur commercial et qu'il n'apparaisse pas du tout aux yeux du public. Dans un pays comme le nôtre, qui importe une très grande partie des biens que ses habitants consomment, le fabricant peut résider dans

des pays lointains. Le produit peut aussi être « fini » en Suisse de sorte qu'on aurait deux entreprises, l'une à l'étranger l'autre en Suisse, participant à la production. Tous ces faits doivent nous inciter à rechercher une solution équilibrée, protégeant le public sans surcharger inégalement certains des membres de la chaîne de distribution qui seraient sans moyens de recourir contre celui qui est véritablement à l'origine du défaut.

La *distribution*, soit l'*abandon par le fabricant du contrôle* sur son produit est un élément essentiel ; tant qu'il n'est pas réalisé, la responsabilité ne peut pas être engagée. Le défaut doit exister à ce moment-là. Mais il n'en reste pas moins une alternative : faut-il faire répondre celui dont le fait est la source du défaut, à quelque stade qu'il soit intervenu, ou choisir une des phases et lui attacher la responsabilité au risque de sacrifier la réalité à la simplicité ? La conciliation de ces deux exigences est nécessaire. Le lésé doit savoir à qui s'adresser pour obtenir réparation sans se perdre dans la complication des opérations qui ont précédé la diffusion et des relations de ceux qui les ont assumées. Il faut également que réponde celui qui est à l'origine du défaut. Aussi doit-on admettre que plusieurs entreprises puissent répondre d'un même dommage et prévoir des recours entre coresponsables. Celui dont l'activité est prépondérante doit supporter une responsabilité particulière : c'est le fabricant du produit fini, celui qui lui donne son nom ou sa marque, celui qui le « signe » ⁴⁷².

On distinguera selon que le processus de production s'est déroulé exclusivement en Suisse ou non.

1. Dans l'hypothèse où tout le processus de fabrication y compris le conditionnement a eu lieu en Suisse, la situation est relativement simple. Aussi en parlerons-nous en premier lieu.

Le fabricant du produit fini, auquel il aura donné sa marque ou qu'il aura « signé » de quelque manière que ce soit, répondra si l'origine du défaut provient de son fait ou de celui d'un fournisseur de pièces détachées par exemple ⁴⁷³. Il répondra également du fait de qui sera intervenu après lui s'il a *délégué* des opérations (de finition ou d'emballage par exemple) qui sont à la source du défaut.

On assimilera au fabricant celui qui fait faire le produit par un tiers et le reprend à son nom. Il faut en effet éviter de soumettre l'action du lésé à des aléas parce que la réalité ne correspondrait pas aux appa-

⁴⁷² Gilliard, *Rapport*, p. 304.

⁴⁷³ *Ibid.*

rences. L'ampleur du risque est assez largement fonction de celle de la diffusion et des moyens mis en œuvre pour la promouvoir. Il faut tenir compte du prestige qu'une grande maison de commerce peut conférer au produit en couvrant de son nom le travail d'une entreprise peut-être obscure. La publicité doit avoir une contrepartie, et l'apparence, si importante sous cet angle, être consacrée dans notre domaine. Il faut empêcher que la construction juridique compliquée des groupes d'entreprises ou de sociétés ne représente pour le lésé un piège dont il ne sortirait pas. Mais une action directe contre celui qui a causé le défaut, qu'il soit intervenu dans la phase préparatoire ou secondaire de la production, doit également être ouverte au lésé s'il le juge utile. Ce ne sera probablement pas souvent le cas, car l'utilisation par le fabricant de biens fournis par des tiers est essentielle et peut modifier profondément le lien de cause à effet entre le défaut de la pièce détachée et le dommage causé par le produit fini ⁴⁷⁴. C'est ce dernier et sa destination qui, indépendamment des contrôles qui interviennent chez le fabricant de l'ensemble, rendent compte du risque réel pour l'utilisateur.

Si l'origine du défaut est imputable à une phase postérieure et accessoire à la phase principale, la responsabilité devra être rattachée à celle-là, pour autant qu'elle ne soit pas déléguée mais bien autonome.

Si l'existence d'un défaut est avérée, mais son origine difficile ou impossible à localiser dans l'ensemble du processus, si l'origine du produit n'apparaît pas, celui qui l'aura mis professionnellement à la disposition de l'utilisateur répondra du défaut à moins de prouver que le produit lui a été remis dans l'état même où il l'a à son tour transmis, sa faute étant réservée, et d'indiquer sa source d'approvisionnement ; de même pour les grossistes ou revendeurs précédents. Ne pourront pas se libérer celui qui a fabriqué le produit fini ou l'aura présenté comme le sien et celui qui est à l'origine du défaut s'il est un tiers (sous-traitant ou fournisseur de pièces détachées). Si le produit a été importé, le premier importateur sera traité comme un fabricant (2. ci-dessous).

Il convient de prévoir expressément des recours pour ceux qui auraient dû payer des dommages-intérêts sans que le défaut fût imputable à leur activité.

2. Les difficultés se multiplient pour les biens importés : for, droit applicable, identification du responsable sont autant d'obstacles possibles à l'action du lésé. Il faut en conséquence prévoir un traitement

⁴⁷⁴ *Ibid.*

spécial en attendant une harmonisation, sur le plan international, du droit de fond ou au moins des règles de conflits⁴⁷⁵.

La proposition du professeur Gilliard nous paraît devoir être reprise ici dans son esprit⁴⁷⁶. Sans être l'adepte d'un nationalisme juridique étroit, on doit reconnaître que la protection perdrait beaucoup de son efficacité si elle devait se heurter aux difficultés évoquées plus haut toutes les fois qu'un produit d'origine étrangère est en cause. Aussi faut-il envisager la responsabilité pour le fait d'autrui de celui qui importe en Suisse des marchandises et l'assimiler à un fabricant sous l'angle de la responsabilité. Cette solution existe déjà en matière pénale dans la loi sur les denrées alimentaires et les objets usuels⁴⁷⁷. Elle nous paraît devoir être adoptée pour la responsabilité civile dans notre domaine. Nous n'étendrions pourtant pas la responsabilité à tous ceux qui ont aliéné la chose (comme Gilliard) ; il suffirait de désigner le premier importateur ou le distributeur général du produit en Suisse. Sa situation ne serait pas nécessairement trop difficile, car il pourrait fort bien se couvrir dans les contrats qu'il passe avec ses fournisseurs du risque de sa responsabilité pour les produits défectueux. Il importe qu'il y ait en Suisse un responsable envers le public, mais il n'en faut pas plus d'un pour que la sauvegarde des intérêts des lésés soit assurée. Les risques d'insolvabilité du défendeur sont les mêmes dans pratiquement tous les domaines, et nous ne voyons pas de caractère spécial justifiant, pour les produits, un traitement particulier. Si l'importateur ou le distributeur contribue à la finition des produits étrangers ou à leur conditionnement, il répondra également des vices survenus dans cette activité.

Si le défaut est prouvé, mais son origine impossible à déterminer, l'importateur sera aussi assimilé au fabricant domicilié en Suisse. Si l'origine du produit n'apparaît pas, on procédera comme indiqué sous 1.

L'action contre celui dont le fait a causé le dommage resterait ouverte de toutes façons, qu'il soit domicilié en Suisse ou à l'étranger ; dans la seconde hypothèse le risque est grand que la loi applicable soit moins favorable au lésé.

3. Cette organisation ouvrirait au lésé un concours d'actions créant une solidarité imparfaite. Il ne paraît pas indispensable de créer une solidarité parfaite⁴⁷⁸ bien que nous n'ayons pas de prévention contre cette

⁴⁷⁵ La Conférence de La Haye a inscrit le problème à son ordre du jour pour 1972.

⁴⁷⁶ *Rapport*, art. IV, p. 303.

⁴⁷⁷ Art. 38.

⁴⁷⁸ Spiro, *Zur Haftung...*, p. 273 ; contra : Gilliard, *Rapport*, p. 302.

solution qui a l'avantage de rendre opposable à tous les codébiteurs l'interruption de la prescription contre l'un d'eux. On pourrait prévoir dans le cadre du concours d'actions que la prescription est suspendue à l'égard des autres responsables possibles pendant la durée du litige avec l'un d'entre eux. Celui qui aurait payé aurait toujours un recours contre le tiers à qui l'origine du défaut est imputée (le fabricant du produit fini contre son fournisseur par ex.)

4. Il semble qu'il ne faille pas soumettre d'autres sujets de droit à la responsabilité causale que nous préconisons. Ni l'Etat, ni les associations de consommateurs dont les contrôles ou les enquêtes auraient laissé passer des produits dangereux ne doivent encourir, en l'absence de faute, la responsabilité du fait de produits défectueux. Ils ne sont pas équipés pour refaire les recherches et les contrôles exigés des fabricants⁴⁷⁹. Ils ne sont pas avec le public dans un rapport, même indirect, semblable à celui qui lie fabricants et consommateurs. Ils ne tirent pas leurs revenus de la diffusion des biens. Si important que puisse être leur rôle dans le maintien d'une certaine protection du public, ils ne sauraient se substituer aux fabricants et assumer les devoirs qui s'imposent à ces derniers dans un régime de libre entreprise et de concurrence. Leur faute devrait toutefois être prise en considération selon les règles habituelles.

C. — *L'étendue de la responsabilité et ses limites.*

1. *Les personnes protégées.*

Dès qu'on admet le critère posé plus haut, toute personne lésée par un produit défectueux doit obtenir réparation du dommage qui en résulte adéquatement. Alors que les solutions quasi contractuelles et celles fondées sur la confiance ne peuvent par définition pas aller au-delà de ce qui les fonde, cette limite n'existe pas ici ; l'expérience des Etats-Unis doit sur ce point nous servir : les limitations au cercle des personnes protégées ont toujours cédé devant les nécessités de la justice : en 1916 pour la négligence avec l'arrêt *Mac Pherson*⁴⁸⁰, en 1960 pour la « warranty » avec *Henningsen*⁴⁸¹, et les « bystanders » sont peu à peu inclus aussi⁴⁸².

⁴⁷⁹ Rehbindler, Jus 1969, p. 213.

⁴⁸⁰ *Supra*, note 223.

⁴⁸¹ *Supra*, note 125.

⁴⁸² *Supra*, p. 109.

Dans la mesure où nous nous fondons sur le principe général de l'illicéité des atteintes injustifiées aux personnes et aux biens, nous ne voyons pas de raison de restreindre le champ de la protection. La restriction que celui qui n'utilisait pas le produit n'est pas protégé n'a pas de justification en dehors de la théorie de Diederichsen fondée sur la confiance. Il ne faut pas non plus limiter la protection à qui entre licitement en contact avec le produit défectueux ; nous pensons avec Simitis⁴⁸³ et Spiro⁴⁸⁴ que cela ne se justifie pas. Une fois distribué et sorti du contrôle du fabricant, le produit et ses dangers inhérents ne varieront pas. Le fait illicite est acquis ; avec les professeurs Merz⁴⁸⁵ et Spiro⁴⁸⁶, il faut s'en tenir aux effets sur la causalité adéquate d'un agissement illicite, et ne pas les étendre aux situations où l'acte illicite n'est qu'une condition purement fortuite de la survenance du dommage. On ne saurait parler de faute concomitante dans ces cas ; tout au plus le champ de protection de la norme pourrait-il ne pas les inclure.

2. Le dommage.

Les limites de la réparation sont déjà posées par la définition de ce que nous appelons pour plus de commodité le défaut, compris comme la source d'atteintes à la santé, la vie et l'intégrité corporelle d'une part, comme source de dommages à la propriété d'autre part. Nous y ajoutons tous les éléments patrimoniaux qui en découlent adéquatement, hospitalisation, perte de gain, perte de soutien le cas échéant. Les frais de réparation des biens abîmés ou détruits ou leur remplacement selon les règles habituelles en responsabilité civile ordinaire.

Les dégâts à l'objet défectueux lui-même devraient suivant les cas, être couverts aussi. Ce ne sera toutefois pas le cas s'il s'agit simplement de remettre en état de fonctionner un produit mécanique qui n'aurait eu qu'une panne : la condition de l'atteinte à la propriété ne serait pas réalisée et le dommage devrait être considéré comme purement pécuniaire. Encore une fois la nouvelle responsabilité du fait des produits n'équivaut pas à une garantie commerciale.

Le préjudice purement économique ne doit pas être pris en considération. Nous n'en pensons pas moins que le droit en vigueur est devenu insuffisant dans le contexte de la distribution moderne des biens manufacturés où la publicité joue un rôle sans cesse croissant. Mais ce serait

⁴⁸³ *Soll die Haftung...*, p. 57 ss. ; *Grundfragen*, p. 71.

⁴⁸⁴ *Zur Haftung*, p. 275 N 57.

⁴⁸⁵ SSJ, Débats 1967, p. 812.

⁴⁸⁶ Note 484 *supra*.

sortir du cadre que nous nous sommes fixés que d'analyser ces problèmes auxquels l'« express warranty » du droit américain fournit une solution partielle ⁴⁸⁷.

Toutes les règles ordinaires sur le calcul du dommage resteraient par ailleurs applicables ⁴⁸⁸.

3. Il serait opportun de donner au juge la *faculté de réduire* le montant de l'indemnité si l'entreprise responsable est menacée dans son existence par l'obligation de réparer. Cela pourrait se produire dans les cas, probablement exceptionnels, où les victimes seraient très nombreuses et très gravement atteintes (thalidomide) et où une transaction ne serait pas possible. La couverture par des assurances de la responsabilité du fabricant serait aussi un élément à prendre en considération ⁴⁸⁹.

L'étendue de la réparation correspondrait en principe à l'intégralité du dommage. Mais il s'agirait par ce biais de sauvegarder les intérêts des lésés eux-mêmes. Le pouvoir conféré au juge de mitiger les dommages-intérêts permettrait d'assurer l'égalité de traitement des lésés. Si des lésions corporelles graves nombreuses ont été causées par tel produit, le maintien de l'entreprise viable peut assurer le versement de rentes sur de longues périodes et contribuer à l'atténuation du dommage.

Il conviendrait évidemment que cette faculté donnée au juge reste d'application exceptionnelle. Le professeur Simitis a préconisé un système de réparation spécial pour les dommages causés par les « Entwicklungsgefahren », avec une limite du montant maximum des dommages-intérêts ⁴⁹⁰. Nous ne le reprendrons pas, parce qu'il s'agit de problèmes spécifiques de la technique des assurances ⁴⁹¹.

4. La définition du défaut et le champ de protection de la responsabilité du fait des produits contiennent implicitement les limites qu'il faut poser ; mais quelques précisions ne sont pas inutiles. Un des problèmes que la pratique devra résoudre est celui posé par l'*écoulement du temps* entre la mise en circulation d'un produit et la survenance du fait dommageable.

Il va sans dire que pour les produits alimentaires, le vieillissement est souvent un facteur de détérioration. Pour les biens d'utilisation durable, l'usure doit être prise en considération. Aussi faut-il insister encore une fois sur le fait que le défaut doit exister au moment où le pro-

⁴⁸⁷ Cf. *supra*, p. 60.

⁴⁸⁸ Spiro, *Zur Haftung*, p. 278-279.

⁴⁸⁹ Projet hollandais art. 17, voir le texte note 454 ci-dessus.

⁴⁹⁰ *Soll die Haftung*, p. 81 ss. ; Rehinder, *Jus.* 1969, p. 212 ; Weitnauer, *NJW* 1968, p. 1600.

⁴⁹¹ Voir les ouvrages cités *supra*, note 467.

ducteur abandonne le contrôle sur son produit, même s'il ne se manifeste que plus tard. La résistance au vieillissement ou à l'usure devra être *appréciée* par les tribunaux, la question étant toujours celle du danger inhérent pour les biens et les personnes. Si le fait dommageable vient d'un entretien insuffisant, d'un stockage peu approprié ou trop long, le producteur sera en principe libéré. Les règles ordinaires de la responsabilité aquilienne s'appliqueront à ceux qui ont fait naître le danger. Il faut toutefois souhaiter que les fabricants recourent d'une façon toujours plus large à la datation des biens sujets à altération ou corruption. C'est un moyen pour eux de contribuer à la protection du public, mais surtout de se couvrir contre les conséquences de l'utilisation ou de la consommation par les usagers de produits vieilliss et d'en faire retomber la responsabilité sur ceux qui les auraient aliénés après la limite indiquée ou sur les acheteurs ou consommateurs eux-mêmes, qui se seraient exposés délibérément.

5. *Faute concomitante et faute d'un tiers.*

Tout élément enlevant à la causalité naturelle entre le défaut et le dommage son caractère adéquat sera pris en considération, comme il convient. Il faut toutefois insister sur le fait que l'on ne saurait, en règle générale, imputer au lésé de ne pas avoir découvert le défaut. L'arrêt Ulrich ⁴⁹² va à la limite de ce qu'il faut admettre. A l'inverse, un mésusage patent du produit exclut en principe le défaut comme cause adéquate du fait dommageable.

Il reste que si le défaut a été découvert à temps, celui qui s'expose quand même au risque de ses conséquences perd son droit à la réparation.

La faute d'un tiers peut atténuer ou absorber le rapport adéquat de causalité entre le défaut et le dommage. Il faudra toutefois apprécier l'intensité causale de cette faute pour admettre la libération du fabricant. Si la faute n'est pas assez importante pour cela, les deux responsabilités (celles du fabricant et du tiers) seront engagées envers le lésé.

On peut songer à l'hypothèse où deux producteurs entrent en considération et où le fait de l'un paraît prépondérant : le paysan qui utilise pour ses salades un engrais non dégradable dans certaines circonstances et passant directement dans le tissu végétal, met en vente des produits dangereux pour la santé si l'engrais est un poison. Son fait n'est toutefois que la conséquence naturelle du défaut de l'engrais ou à tout le moins de l'insuffisance des avertissements qui l'accompagnaient. Sa responsabilité

⁴⁹² RO 64 II 254 = JT 1939 I p. 42.

devra être jugée avec bienveillance, sinon exclue parce qu'il ne se trouvait pas mieux placé que les victimes pour éviter le dommage.

6. *L'exonération de responsabilité.*

Pour être efficace, une exonération doit avoir été acceptée par celui qui renonce à ses droits. Cela suppose en principe une relation directe entre ceux qui en conviennent. Nous avons vu qu'entre fabricant et consommateur, les rapports immédiats sont rares. On pourrait admettre que la manifestation unilatérale par le producteur de son refus d'assumer une responsabilité quelconque envers l'utilisateur (par un avis écrit sur le produit ou son emballage) est une offre que l'utilisateur accepte tacitement à l'achat ou lors de l'utilisation. Encore faudrait-il être certain qu'il l'ait comprise. Mais on remarquera sans peine à quel point l'admission d'une telle pratique enlèverait son efficacité à une responsabilité comme celle que nous proposons. Il faut l'exclure expressément⁴⁹³.

L'exonération du marchand de détail est beaucoup moins contestable, d'abord parce qu'il est en relation directe avec l'acheteur, sinon avec l'utilisateur, qu'il ne répond pas causalement des suites du défaut qui excèdent les limites de l'art. 208/2 C.O. et que s'il connaît l'existence du vice dans le produit, il perdra le bénéfice de l'exonération. Aussi peut-on l'admettre, étant précisé qu'elle n'est pas opposable aux tiers à la vente, qui par définition n'y auront pas souscrit.

Dans leurs rapports internes, les différents membres de la chaîne de distribution seraient libres d'organiser leurs rapports comme ils l'entendent, leurs accords n'étant évidemment pas opposables aux tiers. Il pourrait paraître opportun de restreindre leur liberté dans les branches particulièrement cartellisées du commerce et de l'industrie ; mais le problème sort de notre présent propos.

7. *La prescription.*

Les délais de prescription doivent être adaptés à la nature particulière de la situation. Il serait opportun de donner au lésé un délai plus long que celui d'un an. L'enquête sur l'existence d'un défaut, la recherche du ou des responsables, le développement du dommage s'il y a eu des lésions corporelles, les discussions avec les responsables ou leurs assureurs peuvent prendre passablement de temps. La tendance des lois

⁴⁹³ Diederichsen, *Die Haftung*, p. 365 ss. ; Simitis, *Soll die Haftung...*, p. 87 ss., thèse VIII, p. 98 ; Spiro, *Zur Haftung...*, p. 279, N 71 dans le texte proposé pour un nouvel article du CO.

spéciales peut être suivie et le délai fixé à deux ans depuis le fait dommageable. Il serait par ailleurs souhaitable que la prescription ne coure pas à l'égard des autres responsables possibles pendant le procès contre l'un des responsables si la solidarité parfaite n'est pas instaurée.

8. Quant au *for*, on pourrait déroger à la règle générale et prévoir un *for* unique soit au lieu où le produit a été mis en circulation, soit au *for* du demandeur pour éviter la multiplication des instances et les jugements contradictoires ⁴⁹⁴.

⁴⁹⁴ Spiro, *Zur Haftung...*, p. 274.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Nous avons tenté de circonscrire les problèmes soulevés par la distribution de produits défectueux et la menace qu'elle fait courir à la personne et aux biens et de leur trouver une solution juridique adaptée à notre temps et susceptible de s'intégrer sans difficulté majeure dans notre droit. Nous nous sommes appuyé sur les enseignements qu'on peut tirer de la pratique des Etats-Unis.

Deux éléments essentiels caractérisent le champ de notre étude :

— les rapports de l'individu avec la machine industrielle et commerciale dans un monde de technique et de distribution à grande échelle des biens ;

— le rôle des comportements individuels dans l'apparition des risques et des dommages attachés aux activités dominées par la technique, l'organisation et la spécialisation.

Notre droit protège fondamentalement, par des réglementations diverses, l'intégrité de la personne et la propriété. C'est une tendance qu'il faut suivre. Si des dommages doivent frapper une minorité d'entre nous pour le bien qu'en contrepartie la société dans son ensemble en tire, les victimes ne doivent pas rester sans recours.

Nous n'avons pas voulu mettre en cause les principes de la responsabilité civile comme telle et envisager son remplacement par une assurance-accidents généralisée, estimant que notre système offre les moyens d'assurer de façon satisfaisante la réparation des dommages. Il suffit de les compléter quand les conditions de notre temps l'exigent.

L'avènement de la technique⁴⁹⁵, de l'industrie et du commerce à grande échelle ont modifié l'importance relative des valeurs et des principes sous-jacents à l'idée classique de la responsabilité. La faute perd son rôle prépondérant tandis que les risques d'accidents ne diminuent

⁴⁹⁵ Oftinger, *Punktationen* ; Weitnauer, NJW 1968, p. 1594 ; Tunc, *Machine et Protection...*, Mélanges Schönenberger, p. 311 ss.

pas. Or notre systématique attribue à la faute la valeur de principe, et ne permet pas qu'on s'en passe si une disposition particulière ne le prévoit ; elle ne laisse pas ouverte de lacune. Sans faute ni disposition spéciale, il n'y a pas de responsabilité. Le déclin de la faute étend à l'excès le domaine du cas fortuit.

C'est pourquoi nous avons voulu proposer une responsabilité qui ne s'appuie ni sur la violation d'un devoir objectif de diligence, ni sur un risque particulièrement fréquent ou intense au sens où on l'a compris jusqu'ici, et l'attacher à une situation bien définie dont la faute ne rend pas forcément compte, pour aboutir aux thèses principales que voici :

1. Les solutions contractuelles ou paracontractuelles ne sont pas aptes à résoudre notre problème.

2. Il faut une responsabilité extracontractuelle envers quiconque est lésé par la mise en circulation d'un produit défectueux, dans sa personne ou ses biens matériels.

3. Est un produit défectueux celui dont la mise en circulation crée le risque d'une atteinte objectivement prévisible dans le cours ordinaire des choses à la personne ou à la propriété. Si tous les caractères du produit étaient connus, elle serait un acte illicite. L'origine du défaut n'importe pas.

4. Le sujet principal de la responsabilité est le fabricant du produit fini, le tiers à qui le défaut est dû pouvant toujours être mis en cause par le lésé directement ou par voie de recours.

Sont assimilés au fabricant du produit fini :

— ceux qui assemblent des composants préparés par des tiers, ceux qui signent des produits faits par des tiers, ceux qui délèguent à des tiers des opérations de finition ;

— l'importateur en Suisse des produits fabriqués à l'étranger.

5. Les exonérations de responsabilité doivent être exclues.

6. Une telle responsabilité doit être introduite par la voie législative.

7. Il peut être expédient de prévoir des règles particulières sur le for, la prescription et la solidarité.

Tous les problèmes posés par les relations des fournisseurs de biens avec le public ne sont pas résolus pour autant. La responsabilité des détenteurs d'objets dangereux, celle des exploitants de techniques risquées ne sont pas concernées non plus. Notre proposition ne pouvait qu'être limitée.

Elle repose sur la volonté d'étendre la protection de valeurs considérées comme essentielles par notre ordre juridique, contre des atteintes excessives. Les intérêts primordiaux de la personne sont compromis par l'évolution de notre civilisation : ce que l'abandon de la faute enlève à l'importance du comportement personnel du responsable est compensé par une protection meilleure des victimes.

Une solution de ce type nous paraît par ailleurs correspondre aux principes de la liberté de l'entreprise, du droit au secret des techniques et des affaires, à la faculté reconnue aux fournisseurs de biens d'inciter autrui à en faire usage ; elle en est la contrepartie.

On a pu craindre qu'elle soit de nature à freiner l'allure d'un développement considéré généralement comme un bien. Nous n'ouvrons pas ici le débat sur des prévisions qu'il est aussi hasardeux d'avancer que de réfuter. Nous nous contenterons d'observer avec le professeur Fleming ⁴⁹⁶, que les Etats-Unis ont pu « avaler » (schlucken) la « strict liability » sans difficultés majeures. En outre la recherche de la sécurité peut contribuer au développement des techniques.

La solution que nous proposons traduit la nécessité de mieux assurer dans la société un équilibre que la technique et l'organisation menacent de compromettre. Les moyens que nous préconisons ne sont pas tout à fait classiques. Mais le professeur Weitnauer n'a-t-il pas dit ⁴⁹⁷ : « wenn man heute Windscheid, oder von Tuhr, oder Dernburg zitiert, dann muss man sich immer fragen, ob diese grossen Männer, wenn sie heute leben würden, dieselben Ansichten hätten wie damals ? »

⁴⁹⁶ DJT 1968, Débats, p. 45.

⁴⁹⁷ SSJ Débats 1967, p. 763.

BIBLIOGRAPHIE

- AMAUDRUZ, M. : *La garantie des défauts de la chose vendue et la non-conformité de la chose vendue* (Th. Lausanne), Berne, 1968.
- BORRIE, G. and DIAMOND, A.L. : *The Consumer, Society and the Law*, 2^e éd. 1968.
- Bulletin du service des sinistres de la Cie Suisse de Réassurances, Ed. spéciale, 2 cahiers : *RC Produits*, version française, Zürich 1968 ; 3^e cahier, version allemande, 1971.
- BUREN, B. von : *Schweizerisches Obligationenrecht*, Zürich, 1964.
- CAEMMERER (E. von) : *Products Liability*, dans *Jus Privatum Gentium Festschrift für Max Rheinstein* Band II, p. 658, Tübingen, 1969.
- *Die Produkthaftungspflicht in der neueren deutschen Rechtsprechung*, dans *Ars boni et aequi* (Festschrift für Y.J. Hakulinen), Helsinki, 1972.
- CALABRESI : *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, dans 70 *Yale Law Journal*, p. 499 (1961).
- CANARIS, C.W. : *Die Produzentenhaftungspflicht in dogmatischer und rechtspolitischer Sicht*, dans *JZ* 1968, p. 494.
- COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES : Travaux du 24^e séminaire de Liège (1971) sur *Les risques de l'entreprise*.
- A Comparative Survey of Products Liability Law as applied to Motors Vehicles*, dans *International Lawyer*, Chicago-Washington, Vol. 2, N^o 1 (oct. 1967), p. 98 ss.
- COCCIA, M.A. : *Wake-up, Industry, before it's too late*, dans *Insurance Law Journal* 1968, p. 501 ss.
- COCCIA, M.A., DONNAVILLE, NELSON : *Products Liability, Trends and Implications*, 1970.
- CONDOM, W.J. : *Products Liability*, dans *Insurance Law Journal* 1963, p. 135-142.
- COWAN, T.A. : *Some Policy Bases of Products Liability*, dans 17 *Stanford Law Review* (1965), p. 1077.
- CUMMING, G.A. (Jr.) : *Manufacturers Responsibility for Defective Products : Continuing Controversy over the Law to be applied*, dans 54 *California Law Review* (1966), p. 1681.
- DARBELLAY, J. : *Théorie générale de l'illicéité*, Fribourg, 1955.
- DIEDERICHSEN, U. : *Die Haftung des Warenherstellers*, München und Berlin, 1967.
- *Anmerkung zum BGH Urteil v. 26.11.1968, VI ZR 212/66*, dans *NJW* 1969, p. 269.
- ENGEL, Pierre : *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel, 1973.
- EHRENZWEIG, A.A. : *Negligence without Fault* (1951), republié dans 54 *California Law Review* (1966), p. 1422.

- *Products Liability and the Conflicts of Laws*, dans 69 Yale Law Journal, p. 794 ss., 801 ss. (1960).
- *Products Liability for Breach of Warranty and Negligence* (1943), dans New York Legal Documents n° 65, p. 413.
- Final Report on Consumer Protection* (July 1962), Her Majesty's Stationery Office, London 1962.
- FLEMING, John G. : *The Law of Torts*, 3^e éd. 1965, p. 474 ss.
- FRIEDMANN, W. : *Law in a Changing Society*, édition abrégée, 1964.
- FRUMER, L. and FRIEDMAN M.L. : *Products Liability*, 4 vol. (mise à jour annuelle), New York (USA).
- GALBRAITH, J.K. : *Le Nouvel Etat industriel*, trad. fr. Paris, 1968.
- GIESEN : *Warenherstellerhaftung ohne Verschulden ?*, dans NJW (21), 1968, p. 1401.
- GILLAM, C.W. : *Products Liability in a Nutshell*, dans 37 Oregon Law Review (1958), p. 119.
- GILLIARD, Fr. : *Vers l'unification du droit de la responsabilité*. Rapport à la SSJ, Fascicule 2, Bâle, 1967.
- GREEN : Contribution dans 24 Tennessee Law Review (1957), p. 928.
- HARPER, F. and JAMES, F. : *The Law of Torts* (3 vol.), Boston, 1956.
- HEPPELL, E.A. : *Products Liability Insurance*, Londres, 1967.
- HIPPEL, E. von : *Schadensklagen gegen Deutsche Produzenten in den Vereinigten Staaten*, dans Aussenwirtschaftsdienst des BB, 1971, p. 61.
- ISON, T.G. : *The Forensic Lottery*, Londres, 1967.
- JACKSON, Don M. : *Wrestling with Strict Liability*, dans Insurance Law Journal 1966, p. 133-140.
- JAEGER, W.H.E. : *Privity of Warranty : Has the Tocsin sounded ?*, dans 1 Duquesne Law Review, p. 1.
- *Products Liability : The Constructive Warranty*, dans 39 Notre-Dame Lawyer (1964), p. 501.
- *Warranty of Merchantability and Fitness for Use*, dans 16 Rutgers Law Review (1962), p. 493 (voir WILLISTON).
- JAEGGI, P. : *Zum Begriff der Schadenersatzforderung*, dans les Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schöenberger, Fribourg, 1968, p. 181.
- JAMES : *General Products : Should Manufacturer be liable without Negligence* (1957), dans 24 Tennessee Law Review (1957), pp. 923-927.
- *The Untoward Effects of Cigarettes and Drugs : Some Reflection on Enterprise Liability*, dans 54 California Law Review, p. 1550 (1966) (voir HARPER).
- KATZ, H.A. : *Negligence in Design, A Current Look*, dans Insurance Law Journal 1965, p. 5-13.
- KEETON, P. : *Liability without Fault and the Requirement of a Defect*, dans 41 Texas Law Review (1963), p. 855.
- *Some Observations About Allocation of Risks*, dans 64 Michigan Law Review (1966), p. 1329.
- *Manufacturer's Liability : The Meaning of « Defect » in the Manufacture and Design of Products*, dans 20 Syracuse Law Review (1969), p. 559.

- KELLER, A. : *Haftpflicht im Privatrecht*, Berne, 1970.
- KESSLER, Fr. : I : *The Protection of the Consumer under Modern Sales Law*, dans 74 Yale Law Journal (1964), p. 262.
- II : *Products Liability*, dans 76 Yale Law Journal (1966), p. 887.
- LAMBERT, T.F. (Jr) : *Crumbling of the Citadel*, dans Insurance Law Journal (1963), p. 94.
- LASCHER : *Strict Liability in Torts for Defective Products*, dans 38 Southern California Law Review (1965), p. 30.
- LEGH-JONES, A.N. : *Products Liability : Consumer Protection in America*, dans 27 Cambridge Law Journal (1969), p. 54.
- LORENZ, W. : *Die Haftung des Warenherstellers* in Arbeiten zur Rechtsvergleichung 28, Frankfurt-Berlin, 1966.
- *Warenabsatz und Vertrauensschutz* in Versicherungsrecht 1963, Beiheft Karlsruher Forum, p. 8 et ss., Karlsruhe, 1963.
- *Einige Rechtsvergleichende Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Produkthaftungspflicht im deutschen Recht*, dans Rabelszeitschrift 34 (1970), p. 14-55.
- *Beweisprobleme bei der Produzentenhaftung*, dans Archiv für die Zivilrechtliche Praxis (AcP) 170 (1970), p. 367 ss.
- LUKES : *Produzentenhaftung und Maschinenschutzgesetz*, dans JuS 68 (1968), p. 345 ss.
- MANKIEWICZ, R.H. : *Products Liability : A Judicial Breakthrough in West Germany*, dans The International and Comparative Law Quarterly 19 (1970), p. 99.
- MARKERT, K. : *Die Schadenshaftung des Warenherstellers gegenüber dem Verbraucher*, dans BB 64 (1964), p. 231 ss.
- *Haftung des Warenherstellers ohne Verschulden?*, dans BB 64 (1964), p. 319 ss.
- MAZEAUD, H. : *La responsabilité civile du vendeur-fabricant*, dans 53 Revue Trimestrielle de Droit Civil (1955), p. 611 ss.
- MERZ, H. : *Die Widerrechtlichkeit gemäss. Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem*. Berner Festgabe für den SJV, RSJB 91 bis, Berne 1955.
- *Intervention au Karlsruher Forum 1963 ; Beiheft K. Forum 1963 des Versicherungsrecht*, p. 34.
- *Note sur l'ATF Breu contre Oberländer (RO 90, II, 86)*, dans la RSJB, 1965, p. 44.
- MILLING : *Henningsen and the Pre-Delivery Inspection*, dans 16 Rutgers Law Review (1962), p. 559 ss.
- MULLER, K. : *Zur Haftung der Warenhersteller gegenüber dem Endverbraucher*, dans AcP 1965 (1965), p. 285 ss.
- NOEL : *Manufacturers Negligence*, dans 71 Yale Law Journal (1962), p. 816.
- NITSCHKE : *Die Anwendbarkeit des im paragr. 831 BGB enthaltenen Rechtsgedankens auf alle Unternehmensträger*, dans NJW (22), 1969, p. 1737.
- Note : *Products Liability*, dans 15 Buffalo Law Review (1965-1966), p. 758.
- *Economie Loss in Products Liability Jurisprudence*, dans 66 Columbia Law Review (1966), p. 917.

- *Strict Products Liability and the Bystander*, dans 64 Columbia L.R. 916 (1964).
- OFTINGER, K. : *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (3 vol.), 2^e et 3^e éd., Zürich, 1958-1969.
- *Punktionen für eine Konfrontation der Technik mit dem Recht*, dans *Die Rechtsordnung im technischen Zeitalter*, Festschrift zum Zentenarium des SJV, Zürich, 1961.
- OVERSTAKE, J.Fr. : *La responsabilité du fabricant de produits dangereux*, dans *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 71 (1972), p. 486-531.
- PATRY, R. : *L'obligation de sécurité*, dans RSJB 1957, p. 41.
- PELSTER, W.C. : *The Contractual Aspects of Consumer Protection : Recent Developments in the Law of Sales Warranties*, dans 64 Michigan Law Review (1966), p. 1430.
- PLANT : Contribution, dans 24 Tennessee Law Review (1957), p. 920.
- POUND, R. : Contribution, dans 36 American Bar Association Journal (1950), p. 977.
- Contribution, dans 24 Tennessee Law Review (1957), p. 928.
- Procès-verbal de la 101^e assemblée annuelle de la SSJ à Neuchâtel, 1967*, Bâle, 1967.
- Products Liability and Reliability : Some Management Considerations*, publié par Machinery and Allied Products Institute, Washington, 1966.
- PROSSER, W. : *Law of Torts*, 3d Ed. St Paul (Minn.), 1964.
- *The Borderland of Tort and Contract*, dans *Selected Topics on the Law of Torts*, 1954, 380.
- *The Warranty of Merchantable Quality*, dans 27 Minnesota Law Review (1943), p. 117.
- *The Assault upon the Citadel*, dans 69 Yale Law Journal (1960), p. 1098.
- *The Fall of the Citadel*, dans 50 Minnesota Law Review (1966), p. 791.
- REHBINDER, E. : *Pyrrhus-Sieg in der Produzentenhaftung ?*, dans NJW 1969, p. 208.
- La Responsabilité des fabricants et vendeurs de produits défectueux*. Chap. V des Institutions fondamentales du Droit des Etats-Unis, par Ferdinand F. STONE, préface de A. TUNC. Paris, 1965.
- Restatement of the Torts*, 2d, publié par l'American Law Institute Publishers, St Paul (Minnesota), 1965 ; se poursuit.
- RHEINGOLD : *Products Liability : The Ethical Drugs Manufacturer's Liability*, dans 18 Rutgers Law Review (1964), p. 946.
- *The MER-29 Story — An Instance of Successful Mass Disaster Litigation*, dans 56 California Law Review (1968), p. 116.
- SCHMIDT-SALZER : *Produktehaftung, Produkt haftpflichtversicherung, Betriebsorganisation und Riskmanagement*, dans *Betriebsberater*, 1972, p. 1430-1437.
- SCHUHWERK, P.E. : *The Products Liability Explosion*, dans *Insurance Law Journal* 1967, p. 517.
- SCHÜRPF, Willi : *Probleme und Tendenzen in der Produkthaftpflicht und ihre Versicherung*, dans *Versicherungswirtschaft* 1971, p. 402-407, 465-470.

- SEBERT, J.A. (Jr) : *Products Liability : The Expansion of Fraud, Negligence and Strict Tort Liability*, dans 64 Michigan Law Review (1966), p. 1350.
- SIMITIS, S. : *Grundfragen der Produzentenhaftung*, Tübingen, 1965.
- *Soll die Haftung des Produzenten gegenüber dem Verbraucher durch Gesetz, kann sie durch richterliche Fortbildung geordnet werden ? In welchem Sinne ?* Gutachten C zum 47. Juristentag (1968).
- Sitzungsbericht M zum 47. Deutschen Juristentag*, München, 1968.
- SPIRO, K. : *Zur Haftung für gesundheitsschädigende Produkte in Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts*, Festgabe für Karl Oftinger, Zürich, 1969, p. 255.
- STARK, E.W. : *Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*. Rapport à la SSJ, Fascicule 1, 1967. Bâle, 1967.
- *Einige Gedanken zur Produktheftpflicht*, in *Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts*, Festgabe für Karl Oftinger, Zürich, 1969, p. 281.
- STEFFEN, E. : *Die Produkthaftung am Vorabend des 47. Deutschen Juristentages*, dans JR 1969, p. 287.
- SZLADITS, C. : *Comparative Aspects of Products Liability*, dans 16 Buffalo Law Review (1966-1967), p. 229.
- TANDOĞAN, H. : *De l'utilité en droit suisse des notions des rapport d'illicéité et et d'adéquation sociale*, Genève, 1971 (multicopié).
- *La réparation du dommage causé à un tiers*, dans les Mélanges Roger Secrétan, Lausanne, 1964.
- THORENS, J. : *Le dommage causé à un tiers* (Th. Genève 1962).
- Trade Description Act 1968*. In Chapter 29, Vol. I, Public General Acts and Measures of 1968. Londres, 1968.
- TRAYNOR : *The Ways and Meanings of Defective Products and Strict Liability*, dans 32 Tennessee Law Review (1965), p. 363.
- TROLLER : Intervention au Karlsruher Forum 1963, Beiheft K. Forum du Versicherungsrecht, p. 35.
- TUNC, A. : *Machine et protection de l'homme*, dans les Mélanges en l'honneur de W. Schöenberger, Fribourg, 1968, p. 311 ss.
- TUHR (A. von) : *Partie Générale du Code Fédéral des Obligations* (2 vol.). Trad. fr., 2^e éd. Lausanne, 1933-1934.
- Uniform Commercial Code*, rédigé par la National Conférence of Commissioners on Uniform State Laws et l'American Law Institute.
- VINEY, Geneviève : *Le déclin de la responsabilité individuelle*, avec une préface de A. TUNC, Paris, 1965.
- VOLD, L. : *Law of Sales*, 2^e éd. St Paul (Minn.), 1959.
- WADE : *Strict Tort Liability of Manufacturers*, dans 29 Southwestern Law Journal (1965), p. 5.
- WEIMAR, R. : *Untersuchungen zum Problem der Produzentenhaftung*, Bâle, 1967.
- WEITNAUER, H. : Simitis : *Grundfragen der Produzentenhaftung*, dans AcP 67 (1967), p. 286 ss.
- Diederichsen : *Die Haftung des Warenherstellers*, dans AcP 68 (1968), p. 207 ss.
- *Die Haftung des Warenherstellers*, dans NJW 35 (1968), p. 1593 ss.

- *Remarques sur l'évolution de la responsabilité civile délictuelle en droit allemand*, dans 19 *Revue Internationale de droit comparé* (1967), p. 807 ss.
- WESTPHALEN (Graf von) : *Die Haftung des Warenherstellers im Amerikanischen Recht und der Uniform Commercial Code*, Heidelberg, 1969.
- *Neue Gesichtspunkte für die Produzentenhaftung*, dans *B. Berater* 26 (1971), p. 152.
- *Grundsätze deliktischer Haftung im Bereich der Unternehmensorganisation (Produzentenhaftung)*, dans *Wirtschaftsrecht*, 1972, p. 67 ss.
- WILLISTON, S. : *A Treatise on the Law of Contracts*, 3d Ed. by W.E. JAEGER, vol. 1 et ss. (en cours de parution).
- *The Law Governing Sales of Goods...*, New York, 1948 (avec mise à jour périodique).
- YUNG, W. : *Devoirs généraux et obligations*, dans les *Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönenberger*, Fribourg, 1968, p. 163.
- *Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse*. Rapport au colloque Franco-germano-suisse de Bâle 1968, multcopié, Bâle 1968, repris dans *Etudes et articles*, Genève, 1971.
- *La responsabilité contractuelle envers les tiers lésés*, Pamplona, 1968, repris dans *Etudes et articles*, Genève, 1971.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	VII
ABRÉVIATIONS	IX
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1

Première partie :

LE PROBLÈME EN FAIT.

Chapitre unique. — <i>Le problème en fait</i>	11
Exemples et généralités	13
I. La notion de défaut	17
Généralités	17
Le défaut de fabrication	20
Le défaut de construction	20
Le défaut d'avertissement	21
Les dangers inconnus	22
Les risques propres aux méthodes de production	23
Utilité et limites de la classification	23
Relativité des « certitudes scientifiques »	24
II. Imputabilité du défaut	26
Défaut, faute personnelle, erreur	26
La spécialisation et la division du travail	28
La rentabilité	29
III. Défauts et dommages dans la perspective du lésé	29
L'imprévision	30
La confiance	31
Les difficultés indirectes	32

IV. Victimes et dommages	33
Les victimes	33
Les dommages	34
— aux personnes	34
— à la propriété	34
— économiques	35
Conclusion du chapitre	35

Deuxième partie :

LES SOLUTIONS ÉLABORÉES AUX ÉTATS-UNIS.

Généralités	39
Chapitre I. — <i>L'approche contractuelle et la « warranty »</i>	42
I. La notion de « warranty » et ses différents types	44
A. Express warranty	45
B. Implied warranty	46
1. Implied warranty of merchantability	47
2. Implied warranty of fitness for a particular purpose	49
C. Les sanctions d'un « breach of warranty »	51
D. La portée pratique de la « warranty » et ses limites ; la « privity »	53
1. En général	53
2. La « privity »	55
II. L'abandon de la « privity »	55
A. « Vertical » et « horizontal privity »	56
B. « Diagonal privity »	58
1. Extension de la « privity »	58
2. « Warranty » sans « privity »	59
a) Express warranty	60
b) Implied warranties	61
Les produits alimentaires	62
Autres produits	63
L'arrêt Henningsen	64

TABLE DES MATIÈRES	191
Sa portée	69
Autres arrêts	71
Chapitre II. — <i>La responsabilité délictuelle du fabricant</i>	74
Généralités	74
I. Les principes de la « negligence »	75
A. La « negligence » comme comportement	75
B. La causalité et le dommage	79
C. Negligence per se	81
D. « Circumstantial evidence » et « res ipsa loquitur »	81
II. « Negligence » et responsabilité du fait des produits	83
Généralités ; la « privity »	83
A. « Negligence » de ceux qui fournissent des biens au public ; « misrepresentation »	85
B. La responsabilité du fabricant en « negligence »	87
1. Negligent design	88
2. Vice de construction ou de fabrication	92
3. Négligence dans les avertissements	94
C. La responsabilité du vendeur en « negligence »	97
D. Les autres responsables possibles ; la faute concomitante	98
Les fabricants de parties composantes	98
Les utilisateurs de pièces composantes faites par autrui	98
La faute concomitante	98
Chapitre III. — <i>La « Strict Liability in torts »</i>	100
Généralités	100
I. Sommaire des principes et des motifs	101
II. Les premiers arrêts et le § 402 A Restatement of Torts 2 d	105
III. La portée de la nouvelle doctrine	108
A. Elle confirme l'évolution antérieure	108
B. Questions ouvertes	109
a) Les personnes protégées	109

3. Pouvoir modérateur du juge?	174
4. L'écoulement du temps	174
5. Faute concomitante et faute d'un tiers	175
6. L'exonération de responsabilité	176
7. La prescription	176
8. Le for	177
CONCLUSION GÉNÉRALE	179
BIBLIOGRAPHIE	183
TABLE DES MATIÈRES	189

ACHEVÉ D'IMPRIMER
AUX « PRESSES DE SAVOIE », AMBILLY-ANNEMASSE (H.-S.),
EN MAI 1974

